





FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

56

DES

INTÉRÊTS QUI DÉPASSENT LE TAUX LÉGAL

ET DE LA SANCTION DU PRINCIPE QUI LES PROHIBE

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE SUR LA COMMUNAUTÉ AGRAIRE

PRINCIPALEMENT EN ALGÉRIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

HENRI DAMBEZA

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 8 novembre 1886

PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

HENRI JOUVE

23, Rue Racine, 23

1886

DROIT ROMAIN

DES

INTÉRÊTS QUI DÉPASSENT LE TAUX LÉGAL

ET DE LA SANCTION DU PRINCIPE QUI LES PROHIBE

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE SUR LA COMMUNAUTÉ AGRAIRE

PRINCIPALEMENT EN ALGÉRIE

A MON PÈRE

A MA MÈRE

HOMMAGE ET RECONNAISSANCE

5 6

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES

INTÉRÊTS QUI DÉPASSENT LE TAUX LÉGAL

ET DE LA SANCTION DU PRINCIPE QUI LES PROHIBE

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE SUR LA COMMUNAUTÉ AGRAIRE

PRINCIPALEMENT EN ALGÉRIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le lundi 8 novembre 1886

PAR

HENRI DAMBEZA
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. LABBÉ, professeur.
Suffragants : MM. BOISTEL, professeur.
ALGLAVE, id.
BEAUREGARD, agrégé.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS
IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE
23, Rue Racine, 23

1886

DROIT ROMAIN

DES

INTÉRÊTS QUI DÉPASSENT LE TAUX LÉGAL

ET DE LA SANCTION DU PRINCIPE QUI LES PROHIBE

PREMIÈRE PARTIE

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

L'histoire de la plupart des législations anciennes et modernes nous montre qu'à presque toutes les époques les emprunteurs se sont adressés au législateur pour obtenir de lui protection contre les prétentions exagérées des prêteurs à intérêt et que presque toujours cet appel a été entendu ; de nos jours même, malgré les réclamations d'un grand nombre d'économistes, le taux de l'intérêt est limité par la loi dans beaucoup de pays et quelques législations ont cru nécessaire, après en avoir proclamé la liberté, d'en rétablir la limitation.

La loi de Moïse défendait le prêt à intérêt entre Hébreux et à l'égard des étrangers résidant dans le pays; mais

vis-à-vis des autres étrangers le taux de l'intérêt était illimité ; cette différence s'explique par les sentiments de fraternité qui existaient entre Hébreux et la haine dont ils étaient animés envers les étrangers qui ne résidaient pas sur leur territoire : c'est ce que nous dit Tacite : « *Apud ipsos fides obstinata, misericordia in promptu adversus omnes alios hostile odium* ».

Dans les républiques grecques, la loi ne fixa pas de maximum au taux de l'intérêt mais plusieurs écrivains, Aristote entre autres, nous apprennent que ceux qui prêtaient à un taux trop élevé encouraient la réprobation publique.

A Rome, l'usure fut une des principales causes de l'agitation plébéienne ; elle engendra des désordres et des soulèvements continuels et nécessita à plusieurs reprises l'intervention du législateur ; nous examinerons plus loin les différentes phases de cette législation.

L'Eglise ne se contenta pas de limiter le taux de l'intérêt, elle le prohiba complètement en se fondant sur un passage du Nouveau Testament faussement interprété ; sa doctrine triompha pendant tout le moyen âge et pour rendre productif un capital en argent, il fallut prendre des détours, par exemple recourir à une constitution de rente, c'est-à-dire à une vente d'arrérages, moyennant ce capital pour prix. Il se produisit une réaction contre cette doctrine de l'Eglise par trop rigoureuse et qui ne tenait pas assez compte des nécessités du commerce

et au XVIII[e] siècle sous l'influence des idées de Turgot et de Bentham, la liberté du taux de l'intérêt fut consacrée en France par la loi du 23 juillet 1796 (5 thermidor an IV); cette liberté engendra des abus et la loi du 3 septembre 1807 vint fixer pour les prêts d'argent le maximum de l'intérêt à 5 0/0 en matière civile, à 6 0/0 en matière commerciale; cette loi a été à plusieurs reprises, l'objet de vives attaques dans les Chambre; un grand nombre d'économistes ont demandé son abrogation et à l'heure actuelle, la question est à l'ordre du jour.

A l'étranger, en Autriche et en Hongrie, la liberté du taux de l'intérêt a été proclamée en 1868 mais les abus qui en résultèrent eurent pour conséquence une nouvelle intervention du législateur et le rétablissement d'un maximum légal; en Allemagne une loi sur l'usure du 7 mai 1880 a pour but de protéger les débiteurs contre les exactions des créanciers. L'histoire nous montre donc que presque dans tous les pays et presque à toutes les époques la préoccupation constante du législateur est de protéger l'emprunteur contre le capitaliste et un fait si général a une explication logique que nous allons rechercher.

Un grand nombre d'économistes blâment énergiquement l'intervention du législateur dans cette question; l'argent, disent-ils, est une marchandise et l'on doit laisser à ceux qui l'ont en main la possibilité d'en trafiquer comme de toute autre marchandise: d'ailleurs, ajoutent-ils, fixer le taux de l'intérêt à un maximum uni-

forme et invariable est illogique et contraire à la nature des choses; le prêt peut en effet être assimilé au louage de la jouissance d'un capital; l'intérêt qui est le prix de ce louage se compose de deux éléments: 1° une compensation pour l'indisponibilité du capital, 2° une prime pour les risques de non remboursement : or il est bien évident que ces deux éléments, le second surtout, sont excessivement variables puisqu'ils dépendent en grande partie des circonstances politiques et commerciales et de la solvabilité probable de l'emprunteur; quoi de plus naturel que l'intérêt varie d'après les mêmes proportions?

Au point de vue purement théorique, la doctrine de ces économistes nous paraît incontestable, mais si du domaine de la théorie pure nous passons dans le domaine des faits, il est facile de nous convaincre que dans l'état social actuel, l'application de cette doctrine produira presque toujours des résultats désastreux et qu'il est impossible de mettre la vérité scientifique d'accord avec les nécessités de la pratique. Oui, les conventions doivent être libres et le législateur ne doit pas intervenir, mais à une condition, c'est que le consentement de chacune des parties contractantes soit librement donné et qu'aucune d'elles ne subisse une sorte de violence morale; or, en matière de prêt à intérêt il peut arriver que le consentement d'une des parties subisse une espèce de contrainte et dans ce cas le législateur a non seulement le droit mais le devoir d'intervenir.

On peut en effet établir une distinction capitale entre deux catégories d'emprunts ; ou bien on emprunte pour vivre ou on emprunte pour faire fortune ; dans les anciennes sociétés où le commerce et l'industrie n'avaient pas pris le développement qu'ils ont atteint de nos jours, le prêt revêtait presque toujours la forme du prêt de consommation, tandis qu'aujourd'hui la seconde forme d'emprunt est très souvent en usage; or, suivant qu'on envisage le prêt à l'un ou à l'autre de ces deux points de vue, les conséquences qui en découlent sont bien différentes et les économistes qui réclament la liberté du taux de l'intérêt ont tort de n'en pas tenir compte.

Dans le cas où l'emprunt est fait pour faire fortune, c'est-à-dire pour des besoins commerciaux ou industriels, les deux parties contractantes, le prêteur et l'emprunteur, sont pour ainsi dire d'égale force et aucun d'eux n'est à la merci de l'autre; lors donc qu'ils ont librement débattu les conditions du contrat et qu'ils sont tombés d'accord sur la fixation du taux de l'intérêt, il est vrai de dire que ce consentement doit être la loi des parties, car en le donnant aucune d'elles n'a subi de violence morale ; d'ailleurs, dans ces sortes d'emprunt, la chose prêtée est destinée à une consommation reproductive, et l'emprunteur a tout lieu d'espérer qu'il pourra rembourser le capital et les intérêts avec les bénéfices de son entreprise.

Tout autre est la situation de celui qui emprunte pour

vivre ; d'abord il n'est pas libre de ne pas emprunter, car c'est pour lui une question de vie ou de mort et il est évident qu'il acceptera toutes les conditions que lui imposera le prêteur plutôt que de mourir de faim ; l'égalité de force qui tout à l'heure existait entre les deux parties contractantes se trouve rompue au profit du capitaliste, et il est à craindre que celui-ci, abusant de la situation précaire dans laquelle se trouve celui qui a recours à lui, en profite pour exiger des intérêts à un taux excessif. Ajoutons que dans cette hypothèse, l'objet prêté, loin d'être employé à une consommation reproductive, est destiné à être détruit pour satisfaire des besoins de première nécessité, et que dans ces circonstances il est bien difficile pour l'emprunteur de se libérer d'une dette rendue plus lourde par des intérêts fort élevés. De cet état de choses résultera bientôt un trouble profond dans l'ordre social ; les débiteurs exaspérés par les exactions des créanciers, se livreront à des actes de violence qui compromettront la paix publique, et pour rétablir l'ordre, le législateur sera obligé d'intervenir et d'assigner un maximum au taux de l'intérêt ; vainement objecte-t-on que cette prohibition ne sert absolument à rien et qu'il est facile d'éluder la loi ; si ce raisonnement est vrai pour l'usurier de profession, on peut néanmoins affirmer qu'un grand nombre de capitalistes qui, en l'absence d'une disposition législative, se laisseraient aller à prêter leur argent au-dessus du taux légal, ne s'engageront pas dans

cette voie par crainte de la loi et des peines qu'elle édicte ; dans ces limites donc, la prohibition établie par le législateur sera efficace.

Certes, il est bien difficile, pour ne pas dire impossible, d'introduire dans une loi la différence que nous avons essayé d'établir entre l'emprunt contracté pour des besoins commerciaux ou industriels et l'emprunt contracté pour les besoins de la vie ; le législateur ne peut guère consacrer cette distinction qui a pourtant une base rationnelle ; quoiqu'il en soit, et c'est là notre conclusion, l'intervention du législateur en matière de prêt à intérêt, est déterminée par la nécessité de protéger le faible contre le fort et de maintenir la paix publique menacée ; c'est à cette considération pratique, peu en rapport, il est vrai, avec la théorie purement scientifique, qu'ont obéi de nos jours les lois française, allemande et autrichienne, dont il a été question plus haut ; c'est enfin le point de vue auquel s'était placée la législation romaine, que nous allons examiner dans un rapide exposé historique.

Historique de la législation romaine sur le prêt à intérêt.

Tacite nous dit au livre VI, chapitre XVI de ses Annales : « *Sane vetus Urbi fœnebre malum et seditionum discordiarumque celeberrima causa* », et Tite-Live nous apprend que l'usure causa à Rome les mêmes ravages que la peste ; cela tient à plusieurs causes qu'il est utile de passer en revue.

A l'origine de Rome, l'argent était fort rare, par conséquent l'intérêt fort élevé; en second lieu, les Romains considéraient le commerce comme indigne d'un homme libre ; ils en abandonnaient l'exercice aux esclaves et dédaignaient ainsi le meilleur moyen de s'enrichir; ils n'estimaient que le métier des armes et l'agriculture; or, la profession d'agriculteur est une profession où le gain est assez limité, et l'emprunt y devient bientôt une cause de ruine lorsqu'il est contracté à des conditions onéreuses. Mais la principale cause qui rendit si terrible à Rome le fléau de l'usure, est certainement l'état de dépendance dans lequel se trouvaient les plébéiens vis-à-vis des patriciens. Ceux-ci avaient seuls à l'origine des droits politiques, ils étaient aussi les seuls propriétaires fonciers; car l'*ager publicus*, c'est-à-dire la richesse territoriale, était entre leurs mains, de même que la richesse monétaire ; c'était donc à eux que le plébéien devait avoir recours, afin d'obtenir un lopin de terre et l'argent dont il avait besoin pour vivre.

Pour conserver l'influence que donne la richesse et maintenir leur domination sur la classe besoigneuse, les patriciens n'hésitèrent pas à prêter à de très gros intérêts ; à la fin de l'année, ces intérêts venaient se joindre au capital qui, par leur accumulation, se trouvait doublé et triplé au bout de quelque temps ; on sait combien les voies d'exécution étaient à cette époque rigoureuses contre les débiteurs insolvables ; le plébéien se trouvait bien-

tôt attribué comme esclave à son créancier qui pouvait le traiter avec la dernière rigueur.

A mesure que les plébéiens devinrent plus nombreux et plus forts, ils réclamèrent à grands cris des terres, l'abolition des dettes et la limitation du taux de l'intérêt et ces soulèvements populaires causèrent à Rome des désordres qui plus d'une fois faillirent compromettre son existence ; les patriciens furent enfin obligés de céder, et ce fut la loi des Douze Tables qui, au dire de Tacite, assigna la première un maximum au taux de l'intérêt ; ce maximum était désigné par l'expression *unciarium fœnus*.

D'après Montesquieu (1) au contraire, ce ne serait pas la loi des Douze Tables, mais une loi proposée en 398 par les tribuns, M. Duilius et L. Mævius qui aurait limité le taux de l'intérêt ; mais il est probable que cette loi Duilia ne fit que remettre en vigueur les dispositions de la loi des Douze Tables, tombée en désuétude ou éludée par les patriciens. Quoi qu'il en soit sur cette question d'histoire, il est utile de rechercher ce que les Romains entendaient par l'expression *unciarum fœnus* ; plusieurs opinions se sont produites sur ce sujet ; nous n'avons pas l'intention de les discuter à fond il nous suffira de les indiquer sommairement.

La première opinion qui compte au nombre de ses par-

1. Esprit des lois, XXII, 22.

tisans Saumaise, Cujas, Dumoulin, Pothier entend par *unciarum fœnus* le centième du capital, c'est-à-dire 1 0/0 du capital par an. Cette interprétation est aujourd'hui universellement abandonnée ; il suffit, en effet, de remarquer que si la loi romaine avait défendu de prêter à plus de 1 0/0 par an, une prohibition de ce genre aurait été l'équivalent d'une prohibition complète du prêt à intérêt.

Dans une seconde opinion, beaucoup plus acceptable et qui est celle de Sigonius et de Scaliger, l'*unciarum fœnus* serait de 12 0/0 par an.

Enfin, Niebuhr a proposé une autre explication que voici : l'*unciarum fœnus* serait le douzième du capital, le denier 12, ce qui ferait un intérêt de 10 0/0 si on prend l'année primitive de 10 mois et 8 1/3 pour cent en prenant l'année de 12 mois.

Postérieurement à la loi des Douze Tables, le prêt à intérêt dont le taux avait d'abord été réduit de moitié (*semiunciarum fœnus*) fut complètement prohibé par la loi Genucia en l'an 413 (1). Il est fort probable que cette loi tomba bientôt en désuetude, car, malgré la prohibition qu'elle édictait, les troubles populaires occasionnés par la rigueur des créanciers devinrent de plus en plus fréquents et nécessitèrent une nouvelle intervention du législateur.

C'est alors qu'on voit apparaître, probablement sous

1. Tite-Live, VI, 35 ; VII, 27, 43.

l'influence des édits prétoriens, une nouvelle dénomination du maximum du taux de l'intérêt substituée à l'ancienne dénomination d'*unciarum fœnus* ; c'est la *centesima usura* qui est de 12 0/0 du capital prêté ; d'après certains interprètes, la *centesima usura* ne serait autre chose que l'*unciarum fœnus* de la loi des Douze Tables sous un autre nom, ce qui donnerait une grande force à l'opinion de ceux qui soutiennent que le maximum du taux de l'intérêt fixé par cette loi était de 12 0/0 par an.

Ce nom de *centesima usura* vient de ce qu'on avait l'habitude de payer les interêts par douzièmes aux calendes de chaque mois, de telle sorte que chaque payement comprenait un centième du capital. Au-dessous du taux de 12 pour cent on disait *deunces usuræ*, c'est-à-dire onze pour cent, *semisses usuræ*, c'est-à-dire six pour cent, *unciariæ*, c'est-à-dire un pour cent. Enfin, au-dessus du taux de douze pour cent on disait : *binæ, ternæ, quaternæ usuræ*, c'est-à-dire vingt-quatre, trente-six, quarante-huit pour cent.

Une remarque fort importante à faire et sur laquelle nous aurons à revenir plus d'une fois lorsque nous en serons arrivé à l'étude des textes, c'est que la limitation du taux de l'intérêt ne fut primitivement établie que pour les prêts d'argent ; ce n'est que dans la suite, probablement pour obvier aux fraudes qui se produisaient à tout instant qu'on étendit cette limitation à toutes les dettes d'argent.

La prohibition de prêter à plus de 12 pour cent fut confirmée par un sénatus-consulte de l'année 702 (1) ; ce sénatus-consulte proscrivait en outre l'anatocisme ou intérêt des intérêts et décidait que les intérêts cesseraient de courir quand ils auraient atteint le chiffre du principal. Encore ce taux de 12 0/0 paraissait-il excessif à certains esprits et Cicéron nous rapporte que beaucoup de créanciers ne demandaient que les remises *usuræ*, c'est-à-dire 6 0/0. Toutefois, malgré les prohibitions de la loi, les usuriers n'en continuèrent pas moins leurs fraudes ainsi que l'atteste un grand nombre de rescrits au Digeste et au Code, destinés à les réprimer.

L'Eglise alla plus loin que la législation civile et elle proscrivit complètement le prêt à intérêt en s'appuyant sur un passage de saint Luc où l'évangéliste fait dire au Christ : « *Mutuum date, nihil inde sperantes* » ; au lieu de voir dans ce précepte un simple conseil de charité, les Pères de l'Eglise y virent une règle législative et défendirent au nom de la religion de prêter de l'argent à intérêt. Cette prohibition ne s'appliqua d'abord qu'aux clercs, mais à partir du pontificat de St-Léon, elle fut étendue aux laïques eux-mêmes ; toutefois la doctrine de l'Eglise ne fut appliquée dans toute sa rigueur qu'en Occident ; elle ne triompha pas complètement en Orient où elle ne réussit, grâce à l'influence qu'elle exerça sur la législa-

1. Cicéron ; Ad Atticum, V, 21.

tion impériale qu'à faire abaisser dans une certaine mesure le taux de l'intérêt ; c'est ainsi que Constantin fixa à 50 0/0 le maximum de l'intérêt qu'on pourrait demander dans le prêt de denrées ou jusqu'alors la liberté avait été illimitée, et que Justinien introduisit dans la législation du prêt à intérêt les réformes qu'il nous reste à indiquer brièvement (1).

En principe le maximum du taux de l'intérêt est réduit de 12 0/0 à 6 0/0 (*dimidiam centesimæ partem*); par exception, les personnes ayant rang d'*illustres* et celles d'une condition encore plus élevée ne peuvent prêter qu'à 4 0/0 ; en sens inverse, les commerçants peuvent retirer jusqu'à 8 0/0 de leur argent et le taux de 12 0/0 est autorisé dans le *nauticum fœnus* à cause de l'aléa qui affecte ce genre de contrat. L'intérêt pour prêt de denrées que Constantin avait fixé à 50 0/0 fut également réduit à 12 0/0. Le même intérêt fut dû de plein droit pour les capitaux compris dans une condamnation qui n'aurait pas été exécutée au bout de quatre mois (2). Enfin l'intérêt moratoire est fixé à 6 0/0 et les juges ne peuvent allouer des intérêts à un taux supérieur, sous prétexte d'un usage contraire ou d'une convention intervenue entre les parties. L'anatocisme est de nouveau prohibé ; enfin les intérêts cessent de courir lorsque la somme due ou déjà payée à ce titre atteint le chiffre du capital (3). Justinien

1. L. 26, § 1. C. de usuris (IV, 32).
2. L. 3, princ. C. de usuris rei judic. (VII, 54).
3. Nov. 121 et 138.

innovait par cette décision sur le droit classique qui, pour savoir si le chiffre des intérêts atteignait celui du principal, tenait compte des intérêts dus et non des intérêts déjà payés (1); toutefois cette règle ne s'appliqua pas aux arrérages des rentes (2). La nouvelle législation eut un effet rétroactif et les intérêts dus en vertu de conventions antérieures, mais échus postérieurement à la publication de la constitution furent ramenés au nouveau taux (3).

Enfin par les Novelles 32, 33 et 34, Justinien compléta cet ensemble de règles en abaissant à 4 0/0 le taux de l'intérêt pour les prêts d'argent faits aux cultivateurs, et les prêts de denrées faits aux mêmes personnes ne purent dépasser un chiffre d'intérêts égal au 8[me] du capital prêté.

Telles furent dans leurs grandes lignes les réformes de Justinien, réformes opérées dans un but d'humanité et de protection vis-à-vis des emprunteurs, ainsi que le dit lui même ce prince dans la loi 26 § 1 au Code de *usuris*. L'Empereur Basile les trouva insuffisantes et adoptant la doctrine rigoureuse préconisée par l'Église, il prohiba complètement le prêt à intérêt; mais cette prohibition ne fut pas de longue durée et son fils Léon le Philosophe revint aux principes de la législation justinienne qui tout en se

1. L. 26, § 1. D. de cond. ind. (XII, 6). — L. 10. C. de usuris (IV, 32).
2. Nov. 160.
3. L. 26 princ. C. de usuris (IV, 32).

laissant guider par des motifs d'humanité, tient compte des légitimes nécessités du commerce.

Ce rapide résumé historique terminé, nous allons aborder d'une façon plus spéciale l'étude des questions de droit que fait naître la législation romaine en matière de prêt à intérêt et dans cette étude nous nous placerons principalement à l'époque de Justinien.

Nous diviserons ce travail en quatre sections.

Dans la première nous nous demanderons comment peut prendre naissance une créance d'intérêts.

Dans une seconde section nous étudierons les conditions nécessaires à la validité d'une créance de ce genre.

Dans une troisième section nous passerons en revue les principaux moyens qui pouvaient servir à éluder les règles sur le taux de l'intérêt et de l'anatocisme; nous trouverons là l'occasion d'étudier dans leurs détails un certain nombre de textes du Digeste et du Code.

Enfin dans une quatrième et dernière section, nous examinerons les conséquences d'une violation des règles sur le taux de l'intérêt et l'anatocisme.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT

Première Section. — Comment peut prendre naissance une créance d'intérêts.

Le prêt à intérêt était désigné à Rome sous le nom de *fœnus;* le capital s'appelait *sors* ou *caput,* les intérêts, *usuræ* ou quelquefois *fœnus*; *versura* s'employait aussi dans ce sens mais il désignait plutôt la conversion au bout de l'année du capital et des intérêts échus en un nouveau capital productif d'intérêts. D'après Festus et d'autres grammairiens latins, *fœnus* viendrait de *fœtus,* enfantement; les intérêts sont considérés comme un produit du capital, des fruits d'une nature particulière que ce capital a la puissance de produire. *Usura* vient d'*usus,ex usu usura dicta* nous dit Varron *(de lingua latina,* I, 14*)*; c'est une sorte d'accroissement du capital produit par l'usage, *(quod crescit per usum)* et représentant le prix de la jouissance de ce capital. Ces deux mots expriment en réalité la même idée. Les jurisconsultes romains voyaient dans les intérêts des fruits périodiques, compa-

rables aux fruits de la terre; toutefois ce n'était là qu'une assimilation, une fiction de la loi ainsi que l'indiquent les expressions *loco fructuum sunt* ou *pro fructibus* ; c'est de là qu'est venue la distinction moderne entre les fruits naturels et les fruits civils, distinction qui n'a jamais été aussi tranchée du temps des Romains que de nos jours.

L'intérêt peut être considéré comme le loyer du capital transféré pour un certain temps à l'emprunteur; il peut être produit par toute espèce de *quantitas*, par exemple à l'occasion d'un prêt de choses *quæ pondere, numero mensurave constant*; mais son application la plus importante se présente à l'occasion d'une *quantitas* particulière de l'argent.

D'une façon générale une créance d'intérêts peut prendre naissance soit en vertu d'une convention intervenue entre les parties, soit en vertu d'une disposition législative; c'est ce qui arrive notamment lorsque la loi décide que le mandataire, le gérant d'affaires, le tuteur et en général tous ceux qui gèrent pour autrui auront droit aux intérêts de leurs déboursés à partir du jour où ils ont été obligés de les faire; c'est encore ainsi que la loi fixe les intérêts dus de plein droit pour les capitaux compris dans une condamnation non exécutée dans un certain délai.

Nous laisserons de côté dans le cours de nos explications tout ce qui concerne les intérêts légaux; il est bien

évident, en effet, que puisqu'il sont directement fixés par la loi, ils ne sauraient excéder le taux légal et si par hasard, le juge avait alloué des intérêts supérieurs à ce taux il serait toujours facile de faire réformer sa décision par la voie de l'appel.

Quant à la créance d'intérêts conventionnels, elle peut revêtir deux formes bien distinctes, soit la forme d'une stipulation, soit la forme d'un simple pacte. Examinons successivement ces deux hypothèses.

CHAPITRE Ier.

LA CRÉANCE D'INTÉRÊT PEUT RÉSULTER D'UNE STIPULATION.

La stipulation d'intérêts peut se joindre soit à un *mutuum,* soit à une stipulation principale, soit à un autre contrat.

§ 1. — Elle peut se joindre à un *mutuum.*

Lors de la dation de la chose prêtée, le prêteur interroge l'emprunteur et celui-ci s'oblige à payer les intérêts de la chose ainsi livrée.

Cette nouvelle obligation reste parfaitement distincte de la première ; en effet, l'obligation résultant du *mutuum* est garantie par une *condictio certi,* puisque l'objet du *mutuum* est nécessairement déterminé, tandis que celle résultant de la stipulation des intérêts est garantie par une action *ex stipulatu* qui dans l'espèce est une *condictio incerti* puisqu'on ignore au moment où elle prend naissance combien il y aura d'intérêts échus et quelle sera par suite la somme à réclamer. Une conséquence importante de l'existence parfaitement distincte de ces deux actions, c'est que la stipulation peut être inutile sans que le *mutuum* cesse d'être valable.

§ 2. — La stipulation d'intérêts peut se joindre à une stipulation principale et cela de deux façons distinctes.

Ou bien le prêteur stipule d'abord le capital et l'emprunteur répond à l'interrogation : *spondeo* ; puis à une seconde question du prêteur qui stipule les intérêts, l'emprunteur répond encore : *spondeo*.

Ou bien l'une des parties stipule dans une même phrase le capital et les intérêts et l'autre partie répond en une seule fois : *spondeo*.

A notre avis, peu importe que ces deux obligations s'établissent par deux contrats distincts, c'est-à-dire avec un double *spondesne-spondeo* ou par un seul contrat con tenant une seule interrogation et une seule réponse.

Dans les deux cas il y a deux stipulations distinctes et même d'espèces différentes, l'une *certa* relative au capital, l'autre *incerta* relative aux intérêts et par conséquent deux action, une *certi* et une *incerti condictio*.

C'est ce qui nous semble résulter avec évidence des termes de la loi 75 § 9 au Digeste *de verbor. oblig.* (XLV, 1) dans laquelle Ulpien nous dit : « *qui sortem stipulatur et usuras quascumque, certum et incertum stipulatus videtur ; et tot stipulationes sunt quot res sunt.* »

§ 3. — Enfin la stipulation d'intérêts peut se joindre à tout autre contrat *stricti juris* ou *bonæ fideis* réel ou consensuel, et cela de deux façons distinctes : ou bien la stipulation d'intérêts vient s'ajouter au contrat primitif sans qu'il y ait novation de l'obligation principale et alors

l'action née du contrat primitif, l'action de vente par exemple, subsiste pour le principal ; l'action *ex stipulatu* est relative aux intérêts.

Ou bien, la stipulation étant un moyen de nover toutes les obligations, on peut rendre productive d'intérêts une obligation née d'un contrat quelconque en la remplaçant par le contrat *verbis* suivi d'une stipulation d'intérêts ; cette opération donne naissance à deux actions *ex stipulatu*, l'une relative au principal, l'autre relative aux intérêts ; remarquons que, d'après l'opinion exposée plus haut l'action *ex stipulatu* concernant le capital est une *condictio certi* tandis que celle qui concerne les intérêts est une *condictio incerti*.

CHAPITRE II

LA CRÉANCE D'INTÉRÊTS PEUT RÉSULTER D'UN PACTE.

En principe, un simple pacte ne suffit pas pour engendrer une obligation sanctionnée civilement ; cela tient au formalisme de la législation romaine et à ce principe que le consentement des parties, sauf pour les contrats consensuels n'est pas suffisant pour donner naissance à une obligation proprement dite mais qu'il faut que ce consentement soit accompagné de certaines formalités extérieures, la tradition dans les contrats qui se forment *re*, l'écriture dans le contrat qui se forme *litteris*, des paroles solennelles dans les contrats qui se forment *verbis*. En l'absence de ces formalités nous n'avons plus devant nous un véritable contrat mais un simple pacte qui n'engendre pas d'action mais produit cependant une exception (1) ; il faut toutefois excepter de cette règle certains pactes qui furent munis d'une action, soit par la loi, soit par le Préteur.

Pour comprendre comment un simple pacte peut engendrer une créance d'intérêts, il n'est pas inutile de

1. L. 7, § 4. D. *De pactis* (II, 14).

rappeler sommairement les principes du droit romain en matière de pactes.

Le pacte peut être un ou isolé, ou bien adjoint à un contrat et cela *in continenti* ou *ex entervallo, ad augendam vel ad minuendam obligationem.*

Isolé, le pacte ne produit pas d'action, sauf l'exception indiquée plus haut relativement aux pactes légitimes et aux pactes prétoriens. »

Lorsque le pacte est adjoint à un autre contrat, il faut distinguer suivant qu'il se rattache à un contrat de bonne foi ou à un contrat de droit strict.

§ I. — Plaçons nous d'abord dans l'hypothèse d'un contrat de bonne foi. L'effet du pacte est différent suivant qu'il intervient *in continenti* ou *ex intervallo;* s'il intervient *in continenti,* il fait pour ainsi dire corps avec le contrat ; c'est ce qu'Ulpien exprime par les locutions énergiques : « *insunt contractui, dant legem contractui* (1) ; » il en résulte que l'obligation créée par le pacte est sanctionnée par l'action née du contrat et celle qu'il supprime, éteinte *ipso jure.*

Si le pacte intervient *ex intervallo,* il n'opère jamais que par voie d'exception ; il en résulte que s'il diminue l'obligation née du contrat, son efficacité sera assurée ; mais s'il l'augmente, il ne produira pas d'effet à moins que le créancier ne puisse l'invoquer comme défen-

1. L. 7 § 5, D. de pactis (II, 14).

deur (1). Il faut toutefois signaler une exception à cette règle dans le cas où il s'agit d'un contrat consensuel et où le pacte adjoint touche à des points essentiels de ce contrat *rebus adhuc integris*. Dans ce cas, le pacte qui augmente l'obligation est sanctionné par l'action du contrat qui est considéré comme renouvelé.

§ 2. — Si maintenant nous plaçons dans l'hypothèse d'un pacte adjoint à un contrat de droit strict, nous pensons que primitivement le pacte fait *in continenti* n'eut pas plus d'effet que le pacte fait *ex intervallo*, c'est-à-dire qu'il n'opéra que par voie d'exception ; mais, à notre avis, on finit par admettre qu'un tel pacte serait considéré comme faisant corps avec le contrat primitif et que par conséquent, il opérerait *ipso jure* s'il avait pour but de le diminuer, et serait sanctionné par l'action de ce contrat s'il avait pour but de l'augmenter, sauf toutefois exception pour le *mutuum* qui exclut tout pacte par lequel le débiteur s'engage à restituer plus qu'il n'a reçu. Nous allons du reste revenir dans un instant sur ces questions (v. p. 30 et 32).

Faisons maintenant l'application de ces principes au cas où des intérêts ont été promis par simple pacte en remarquant tout d'abord qu'un pacte intervenu dans ces conditions ne peut jamais qu'augmenter l'obligation.

§ 1.— Ajouté à un contrat de bonne foi et *in continenti*,

1. L. 72 pr. de cont. emp. (XVIII, 1).

le pacte d'intérêts se confond avec le contrat primitif et est garanti par la même action ; c'est ce qui arrive dans le cas de vente, de louage, de mandat et de dépôt par exemple (1) ; ajouté *ex intervallo*, le pacte ne produira d'effet qu'autant qu'il pourra être invoqué sous forme d'exception ; il en sera ainsi, même lorsque le contrat primitif sera consensuel car un pacte d'intérêts n'apporte jamais qu'une modification accessoire au contrat primitif.

§ 2. — Ajouté à un contrat de droit strict, le pacte d'intérêts produit des effets différents suivant que ce contrat de droit strict est un *mutuum* ou une stipulation.

1. — Joint au *mutuum*, le pacte d'intérêt n'aura pas plus d'efficacité qu'un pacte isolé, même s'il est ajouté *in continenti*. L'obligation née d'un *mutuum* est en effet une obligation de rendre ; or, un pacte peut bien intervenir pour la diminuer ; il y aura alors prêt d'une part, donation de l'autre ; mais un pacte ne peut l'augmenter car on ne peut rendre que ce qu'on a recu (2) ; des intérêts ne peuvent être dus qu'en vertu d'une stipulation. Cette règle logique, mais extrêmement rigoureuse subsista toujours quant à l'argent monnayé sauf dans le cas de *nauticum fœnus* (3) où les intérêts peuvent être dûs en vertu d'un simple pacte (cette faveur s'explique par l'aléa qui

1. L, 5, C. de pact. int. empt. et vend. (IV, 54) ; L. 34, pr. D. mand, (XVII, 1); L. 26, § 1, D. Depos (XVI, 3).
2. L. 11. § 1 D. de red. cred (XII, 1).
3. L. 5, § 1, D. de naut. fæn. (XXII, 2).

caractérise ce genre de contrat) et dans le cas où les deniers ont été prêtés par des cités ou par le fisc (1), décision motivée par la faveur dont jouissent ces personnes morales. Mais en ce qui concerne le prêt de denrées, nous voyons cette règle abandonnée dès le troisième siècle de notre ère ainsi que cela résulte de deux rescrits des empereurs Alexandre et Philippe (2). Dans ce cas un pacte est suffisant pour produire une obligation d'intérêts; le motif de cette différence entre le prêt d'argent et le prêt de denrées repose sur une idée tout à fait fausse à savoir que la valeur des monnaies est toujours fixe tandis que cellés des denrées peut subir des variations nombreuses, de telle sorte qu'en rendant onze sous d'or au lieu de dix on rend nécessairement plus qu'on a reçu tandis qu'en rendant onze mesures de blé au lieu de dix on ne rend pas toujours plus, attendu que le cours du blé peut avoir baissé (3).

Dans les différents cas où un pacte suffit pour faire naître une créance d'intérêts, nous croyons qu'il est sanctionné par une *condictio ex lege*. La loi 1 au Digeste de *cond. ex lege* (XIII, 2) nous dit en effet que toutes les fois qu'une loi nouvelle a créé une obligation et n'a pas désigné le genre d'action qui la sanctionnerait, on agirait par la *condictio ex lege*. Or, dans les hypothèses

1. L. 30, D. de usuris (XXII, 1),
2. L. 12, 23 C. de usuris (IV, 32).
3. Accarias, Tome II, page 404.

que nous avons examinées, les textes, notamment les lois 30 D. *de usur* (XXII, 1) et 12 au code *de usu* (IV, 32) nous disent bien que le pacte d'intérêts produira une obligation, mais ne désignent pas l'action qui le sanctionnera ; donc, croyons-nous, ce doit être la *condictio ex lege*.

2. — Joint à une stipulation, le pacte d'intérêts même ajouté *in continenti*, ne dut primitivement pas avoir plus d'effet que le pacte ajouté *ex intervallo* et n'opéra que par voie d'exception.

Mais il est probable qu'à la fin de l'époque classique la jurisprudence changea en cette matière, et l'on finit par admettre que les pactes ajoutés *in continenti* à une stipulation feraient corps avec cette stipulation. C'est ce qui nous semble résulter des expressions du jurisconsulte Paul contenues dans la loi 40 au Dig. *de reb. cred.* (XII, 1) *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur* :

Une première conséquence de ce principe que Paul nous présente comme un principe général, est que si le pacte a pour but de diminuer l'obligation principale, il opérera *ipso jure*; le jurisconsulte tranche ainsi une controverse qui s'était élevée sur le point de savoir si le pacte n'opérait qu'*exceptionis ope*.

Mais, à notre avis, la portée du principe est plus considérable et si le pacte a pour but d'augmenter l'obligation, nous pensons qu'il doit être sanctionné par l'action du contrat; c'est une seconde conséquence du principe que le pacte *inest stipulationi*, conséquence intimement reliée à la

première, car on ne peut pas admettre que le pacte *inest contractui* quand il diminue l'obligation et *non inest contractui* quand il l'augmente. Ce sont là deux résultats qui s'appellent l'un l'autre et qui sont inséparables.

Cette interprétation peut d'ailleurs être confirmée par un texte d'Ulpien (1) qui, examinant les conditions de forme auxquelles doit satisfaire la stipulation, décide que le contrat se formera malgré les additions ou retranchements contenus dans la réponse du promettant lorsque le stipulant les acceptera immédiatement.

Telles sont les différentes hypothèses dans lesquelles un pacte est suffisant pour donner naissance à une créance d'intérêts civilement obligatoire ; en dehors de ces cas il ne produira pas d'action ; mais il ne faudrait pas en conclure qu'il sera dénué de toute efficacité ; il produira en effet une obligation naturelle (2) d'où résulte notamment que si des intérêts ont été payés et que le débiteur veuille les répéter, il se verra repoussé dans son action par l'exception *pacti conventi* ; il ne pourra même pas imputer les intérêts ainsi payés sur le capital (3) et s'il y a eu constitution de gage concomitante ou postérieure au pacte le gage répondra de la dette principale et des intérêts (4). Ce ne sont pas là du reste les seules

1. L. 1, § 3 et 4, de verb. oblig. (XIV, 1).
2. L. 5, § 2, D. de solut. (46, 3).
3. L. 3, C. de usur. (IV. 32).
4. L. 24 ; 2 C. de usuris, (IV, 32).

conséquences de cette idée qu'il y a formation d'une obligation naturelle ; on pourrait en signaler bien d'autres, principalement en matière de fidejussion et d'hypothèque.

Nous avons ainsi examiné de quelle manière une créance d'intérêts peut résulter d'une stipulation et d'un pacte ; nous avons à nous demander si ce sont là les seuls moyens de la faire naître ou bien si elle ne pourrait pas, en dehors d'une disposition législative bien entendu, prendre naissance de quelque autre façon.

§ 1. — En premier lieu ne pourrait-elle pas résulter du contrat *litteris?*

Le peu de documents que nous avons sur ce genre de contrat ne nous permet pas de répondre à cette question d'une façon absolument certaine et nous ne pouvons nous livrer qu'à des conjectures ; toujours est-il que rien dans les principes qui régissent ce contrat ne semble s'opposer à la formation d'une obligation ayant des intérêts pour objet ; la question offre du reste peu d'intérêt, le contrat *litteris* étant de bonne heure tombé en désuétude.

§ 2. — Une question plus délicate est celle de savoir si l'obligation de servir des intérêts peut naître par prescription, c'est-à-dire si l'on peut au cas où des intérêts ont été servis pendant un certain laps de temps continuer à les réclamer. A ne consulter que les principes, la négative n'est pas douteuse ; la prescription est en effet

un moyen de se libérer d'une obligation et d'acquérir la propriété mais non d'acquérir une créance.

Cependant certains commentateurs, s'appuyant sur la loi 6 au Digeste, *de usuris* (XXII, 1), soutiennent qu'une longue prestation d'intérêts fait supposer qu'ils ont été stipulés, et que par suite un capital est dû ; la vérité est que la loi dont il s'agit ne s'occupe pas de la question ; le texte parle d'une action *de in rem verso* et il ne s'occupe pas de savoir si le paiement des intérêts fait présumer qu'ils ont été stipulés et par suite qu'un capital est dû, mais s'il y a eu *in rem versum* au profit du maître, et il décide que le paiement des intérêts fait présumer que la somme réclamée a tourné au profit du *dominus*.

Du reste, l'opinion que nous combattons est formellement contredite par la loi 28 au Code, *de pactis* (II, 3), qui nous dit que si, en vertu d'un pacte, on a payé une somme d'argent pendant un certain laps de temps, on ne peut être forcé de continuer à l'avenir une prestation qui n'était pas due, à moins qu'une stipulation n'intervienne ; s'il en est ainsi lorsque la somme a été payée en vertu d'un pacte, à plus forte raison doit-on appliquer la même solution lorsque la prestation a été effectuée en l'absence de tout pacte.

Enfin la loi 7, au Code, *de usuris* (IV, 32), vient confirmer cette interprétation, en nous disant qu'une créance d'intérêts ne se présume pas et que c'est au créancier à prouver qu'elle existe.

Notre conclusion est donc qu'une créance d'intérêts conventionnels ne peut résulter que d'une stipulation ou d'un pacte, sauf le doute qui existe relativement au contrat *litteris*.

Section II

Des conditions nécessaires à la validité d'une créance d'intérêts.

Ces conditions sont au nombre de trois :

Il faut que le taux de l'intérêt soit déterminé, que les intérêts soient dûs principalement, enfin qu'ils n'excèdent pas ceux fixés par la loi. Reprenons successivement ces trois conditions.

1° Il est nécessaire que le taux ait été fixé par les parties ; en l'absence d'un accord intervenu entre elles sur cette question, la stipulation ou le pacte d'intérêts ne produirait aucun effet (1) ; il y a pourtant une exception à cette règle ; la Novelle 136, chap. V, décide qu'en présence du silence de la convention sur le taux de l'intérêt, les banquiers seraient réputés avoir prêté leur argent au taux de 8 0/0. La stipulation ou le pacte seraient encore dénués d'efficacité si les parties s'étaient bornées à stipuler des intérêts convenables (*si quæ competierint*) (2).

1. L. 41, D. § 2, de usur. (XXII, 1).
2. L, 31, D. de usur. (XXII, 1).

2° Il faut que les intérêts soient dus principalement; d'où prohibition de l'anatocisme.

L'anatocisme est une convention en vertu de laquelle les intérêts produits par un capital viennent s'y ajouter et deviennent à leur tour productifs d'intérêts. Cette convention est particulièrement dangereuse pour le débiteur qui peut s'endormir dans une sécurité trompeuse et voir au bout d'un espace de temps relativement restreint doubler et tripler le chiffre de sa dette; aussi le législateur romain se préoccupa-t-il de venir au secours du débiteur menacé; il n'intervint toutefois qu'assez tard, car des lettres de Cicéron (1) attestent que l'anatocisme existait encore de son temps.

Ce fut un sénatus-consulte de 702 qui le défendit; encore la prohibition de rendre productifs les intérêts des intérêts ne s'appliquait-elle qu'aux intérêts à échoir; ceux qui étaient actuellement échus pouvaient être ajoutés au capital et rendus eux-mêmes productifs; Justinien, dans la loi 28, au Code, *de usuris* (IV, 32), renouvela cette prohibition en faisant remarquer qu'elle avait été fréquemment éludée et l'étendit même aux intérêts échus (*præteriti vel futuri temporis*).

3° Il faut que les intérêts ne dépassent pas le taux fixé par la loi.

Nous rappelons qu'en principe ce taux est de 6 0/0 par

1. Ad Att., V, 21.

an sous Justinien ; les personnes *illustres* et d'un rang plus élevé ne peuvent prêter qu'à 4 0/0, tandis que les commerçants peuvent prêter à 8 0/0. Ainsi, pour savoir si cet intérêt de 8 0/0 pouvait être demandé, il fallait avoir égard à la profession du prêteur, non à celle de l'emprunteur, ni à la nature de l'acte intervenu entre les parties ; tel était le sens dans lequel Justinien tranchait une question qui de nos jours fait difficulté. L'intérêt pour prêt de denrées dont le taux avant Constantin était illimité et que ce prince avait fixé à 50 0/0, fut réduit par Justinien à 12 0/0. C'est aussi à ce taux que fut fixé l'intérêt maritime qui, jusqu'à Justinien, était illimité ; la Novelle 106 revint à l'ancien droit, mais elle fut à son tour abrogée par la Novelle 110.

Remarquons que cet intérêt de 12 0/0 n'est autorisé que tant que le navire est en mer ou d'une manière plus générale tant que l'argent transporté est aux risques du prêteur. Aussitôt que le vaisseau est de retour au port ou même lorsqu'il est en mer, s'il a été convenu que l'argent ne voyagerait pas aux risques du prêteur, on ne peut réclamer que l'intérêt au taux ordinaire eu égard à la qualité du prêteur.

Dans un certain cas, le taux légal peut être dépassé sans qu'il y ait usure ; cela se présente au cas d'antichrèse (1), lorsque la convention porte que les fruits de

1. L. 17, C. de usuris (IV, 32).

la chose dont le créancier est nanti, lui seront attribués à titre d'intérêts ; la valeur des fruits peut alors dépasser le maximum du taux légal de l'intérêt.

Ici, en effet, la convention est affectée d'une certaine aléa qui consiste en ce que la chose donnée en gage peut produire beaucoup de fruits ou n'en pas donner du tout ; il est donc juste que le créancier qui est obligé de supporter la mauvaise chance ait aussi l'espoir de profiter de la bonne.

Telles sont les conditions nécessaires à la validité d'une créance d'intérêts ; la première était presque toujours observée et elle ne donne pas lieu à des difficultés sérieuses, mais les deux dernières étaient fort souvent éludées, ainsi que l'attestent un grand nombre de constitutions impériales insérées au Digeste et au Code : c'est quelques-unes des fraudes inventées par les usuriers que nous sommes amené à étudier dans notre section III.

Section III

Des principaux moyens qui servaient à éluder les règles sur le taux de l'intérêt et l'anatocisme.

Nous diviserons cette section en deux chapitres. Dans le premier, nous nous occuperons plus spécialement des textes qui prévoient une violation de la règle sur le taux de l'intérêt, dans un deuxième, de ceux qui s'appliquent à la violation de la règle sur l'anatocisme.

CHAPITRE I.

Un premier procédé fort usité et très difficile à démasquer consistait à se faire promettre par l'emprunteur une certaine somme et à ne lui en compter réellement qu'une partie. Les intérêts se trouvaient ainsi calculés sur une somme supérieure à celle que recevait le débiteur et la loi sur le taux de l'intérêt se trouvait violée. Justinien décide (1) que dans cette hypothèse le créancier n'aura d'action que pour le montant de la somme réellement prêtée, et que les intérêts seront comptés à raison de ce capital; même solution pour le cas où le prêteur retenait par anticipation sur la somme qu'il devait fournir les intérêts auxquels il n'avait droit qu'à l'échéance du terme.

Une variante de ce procédé consistait, tout en calculant les intérêts sur une quantité fictive dont le débiteur ne touchait qu'une partie, à lui livrer pour le surplus des objets de toute espèce, estimés au-dessus de leur valeur. C'est la ruse employée par l'Harpagon de Molière (2)

1. L. 26, § 1. C. de usuris (IV, 32).
2. L'Avare, acte II, scène 1.

qui livre au fils de famille des objets dont celui-ci n'a que faire et qui sont estimés bien au-dessus de leur valeur.

Une autre fraude consistait à se faire donner outre l'intérêt légal des fruits, des vins ou des denrées quelconques. Dans ce cas, le créancier n'aura pas d'action pour ce qui excède le taux fixé par la loi.

La loi 26 § 1 au Code *de usuris* prévoit une hypothèse assez intéressante; nous savons que sous Justinien les personnes ayant rang d'*illustres* et celles d'un rang plus élevé, ne peuvent prêter qu'à 4 0/0 ; or la constitution de ce prince nous montre que souvent ces personnes gênées par la prohibition qui les frappait, s'adressaient pour faire valoir leur argent à des individus d'une condition inférieure qui n'étaient pas soumis à cette limitation et pouvaient prêter au taux ordinaire ; grâce à ces prête-nom, la loi était éludée et les *illustres* obtenaient un intérêt plus élevé que celui auquel ils avaient droit. Cette ruse n'était du reste pas nouvelle, elle remontait à la date de la loi Genucia qui prohiba complètement le prêt à intérêt ainsi que nous l'avons vu plus haut ; cette loi n'était faite que pour Rome et afin de l'éluder, les usuriers s'adressaient à leurs associés latins qui n'étaient pas astreints à cette prohibition et les chargeaient de prêter en leur propre nom ; c'est pour mettre fin à cette fraude qu'une loi Sempronia étendit aux Latins la prohibition de prêter à intérêt. Lorsque Justinien eut établi

diverses catégories de prêteurs, la même ruse se renouvela et notre constitution a pour but de la rendre inefficace. Elle décide que dans ce cas le chiffre des intérêts sera réduit au taux que pourrait exiger le véritable prêteur et met à la disposition du juge ou de l'emprunteur un moyen de preuve destiné à démasquer l'interposition de personne; ce moyen consiste à déférer à la personne qui a livré les deniers le serment sur la question de savoir si elle ne sert pas de prête-nom à un personnage ayant rang d'illustre.

La loi 8 au Code, *si certum petatur* (IV, 2) prévoit une autre hypothèse; elle suppose qu'au lieu d'argent monnaie que demandait l'emprunteur au prêteur, celui-ci lui a livré pour être convertis en deniers de l'argent métal (*argentum*), des chevaux ou toute autre chose à une estimation convenue entre eux et qu'il est intervenu une stipulation d'intérêts au-dessus du taux légal ; le créancier, bien qu'il n'ait pas fait à proprement parler, un prêt d'argent, puisqu'il a livré des objets destinés à être convertis en espèces, ne pourra cependant réclamer que le principal, d'après l'estimation convenue et les intérêts légitimes eu égard à cette estimation ; il est probable que primitivement cette convention n'était pas astreinte à la règle limitative du taux de l'intérêt; ce n'est que plus tard pour éviter des fraudes, qu'on crut nécessaire d'assimiler ce cas à celui du prêt d'argent; le législateur voulut empêcher les prêteurs de réclamer des intérêts exces-

sifs sous prétexte qu'ils n'avaient pas fait un prêt d'argent mais livré des objets destinés à être vendus. Notre opinion peut être corroborée par un texte d'Africain, la loi 34 *pr. D. mand.* (XVII, 1) qui, entre autres hypothèses, prévoyant le cas où une personne remet à une autre certains objets dont l'*accipiens* est autorisé à garder le prix à titre de prêt après les avoir vendus, décide que dans l'espèce il n'y a pas *mutua pecunia.* C'est Ulpien qui fit triompher cette dernière opinion (1).

Cette loi 8 du Code va nous permettre de faire une application intéressante de la prohibition qu'elle édicte au cas où des denrées ont été prêtées. Nous savons qu'en cette matière, le taux primitivement illimité fut réduit à 50 0/0 sous Constantin et à 12 0/0 sous Justinien. Mais il fallait que ce prêt de denrées ne déguisât pas un prêt d'argent, ce qui pouvait se présenter dans l'espèce suivante : le prêteur livre à l'emprunteur, au lieu de l'argent que celui-ci demandait, une certaine quantité de blé à une estimation convenue entre eux et réclame un intérêt de 12 0/0. La loi 8 au Code *si certum petatur* que nous venons de citer nous permet d'affirmer qu'il y aura dans ce cas violation de la règle sur le taux de l'intérêt et que le créancier ne pourra exiger que l'intérêt autorisé pour les prêts d'argent.

On peut imaginer l'hypothèse inverse de celle-ci et

1, L. 11, pr. D. de reb. cred. (XII, 1).

concevoir que c'est de l'argent qui a été prêté et que l'intérêt doit être servi en denrées ; c'est le cas que prévoit la loi 16 au Code *de usuris* (IV, 32) : l'emprunteur a reçu, non pas du blé, mais de l'argent ; la somme prêtée doit être remboursée en blé et si elle ne l'est pas au jour fixé, la prestation en blé qui devra être payée à titre de peine dépassera le taux des intérêts légitimes calculés à raison du capital prêté. La question est de savoir si ces intérêts payés à titre de peine devront quoique payables en blé être renfermés dans le taux qu'ils ne pourraient dépasser s'ils étaient payables en argent. La raison de douter était que primitivement l'intérêt en matière de denrées pouvait être illimité, et même lorsqu'il fut réduit il put encore être plus élevé qu'en matière d'intérêts payables en argent ; mais on vit là une fraude à la limitation du taux de l'intérêt et la possibilité de se faire servir un intérêt supérieur au taux autorisé pour les prêts d'argent ; aussi la loi dont nous nous occupons décide-t-elle que, bien que la prestation d'intérêts payés à titre de peine doive être effectuée en blé, elle ne pourra dépasser le taux autorisé pour les prêts d'argent.

Il est un cas que nous avons déjà signalé plus haut où les intérêts conventionnels peuvent dépasser le taux maximum fixé par la loi ; c'est le cas d'antichrèse. L'antichrèse est une convention en vertu de laquelle le débiteur cède au créancier gagiste les fruits de la chose pour lui tenir lieu d'intérêts, *vice usurarum,* disent les textes (1).

1. L. 14 et 17. C. de usur. (IV, 32).

Cette convention est même réputée sous-entendue lorsque la chose engagée est frugifère et que le créancier n'a pas stipulé d'intérêts (1). Lorsqu'une convention de ce genre est intervenue, le montant des fruits perçus par le créancier peut être supérieur au chiffre des intérêts qu'il aurait le droit d'exiger en argent, sans qu'il y ait usure. C'est l'hypothèse prévue par la loi 17 au Code *de usuris* (IV, 32) ; le texte suppose que la débitrice a donné en gage à son créancier une chose dont elle avait la possession, en convenant qu'il en percevrait les fruits pour lui tenir lieu d'intérêts, et il décide que cette convention ne pourra être rescindée sous prétexte d'un gain supérieur au maximum des intérêts légitimes à cause de l'incertitude qui existe relativement à la perception des fruits ; la chose remise en gage peut en effet en donner beaucoup comme elle peut n'en pas donner du tout, et en présence de l'aléa qui existe, le législateur romain trouve juste de faire profiter le créancier de la chance favorable en dédommagement de la mauvaise qu'il peut être forcé de subir.

Et cependant le doute pourrait être permis lorsque la valeur des fruits perçus est en complète disproportion avec le montant des intérêts légitimes et dans ce cas on serait fondé à soutenir que l'antichrésiste ne devrait pas bénéficier d'un avantage aussi grand ; telle serait certai-

1. L. 8, in quib. caus. pign. D. (XX, 2).

nement la solution qu'il faudrait donner en droit français où le caractère aléatoire de la perception des fruits n'autorise la clause dont il s'agit que lorsqu'il n'existe qu'une petite différence entre le montant des fruits et celui des intérêts au taux légal. Mais la généralité des termes dont se sert le texte que nous étudions montre que cette distinction n'était pas admise en droit romain, ce qui au point de vue purement logique est peut-être plus exact, mais à coup sûr plus rigoureux pour le débiteur.

La décision du législateur romain s'applique aussi au cas où les fruits produits par la chose sont des fruits civils au sens moderne du mot. Ainsi dans l'hypothèse où ce serait une maison qui aurait été donnée en antichrèse, le créancier aurait le droit de percevoir le montant des loyers pour lui tenir lieu d'intérêts, et si le chiffre de ces loyers était supérieur au montant des intérêts légitimes, il n'y aurait pas là une convention usuraire ; par contre, si la maison ne se louait pas ou se louait à vil prix, le créancier subirait la perte occasionnée par cette non-valeur.

La loi 14 au Code *de usuris* (IV, 32) prévoit une espèce un peu différente de celle que nous venons de supposer ; à la suite d'un prêt d'argent il a été convenu entre les parties que le créancier aurait, pour lui tenir lieu d'intérêts, la jouissance d'une maison ; ce n'est plus comme tout à l'heure le droit de percevoir les loyers, mais un droit d'usage sur la chose ; le pacte a reçu son exécution

et le prêteur a habité la maison ainsi que cela avait été convenu ; si maintenant nous supposons, ce qui est l'hypothèse prévue par le texte, que la valeur locative de l'immeuble est supérieure au montant des intérêts légitimes de la somme prêtée et que le créancier en louant la maison au lieu de l'habiter aurait pu obtenir une somme plus forte que le chiffre des intérêts qui lui sont dus, l'emprunteur pourra-t-il, en faisant cette preuve, prétendre qu'il y a là une violation de la loi sur le taux de l'intérêt ? Le jurisconsulte nous répond qu'il n'y a pas là une convention d'intérêts usuraires mais plutôt un louage à vil prix. La raison de douter est encore plus grande dans cette hypothèse que dans celle où le créancier nanti de la maison donnée en antichrèse en perçoit les loyers ; car on peut soutenir que relativement à la perception des fruits civils il existe une plus ou moins grande aléa suivant le prix de la location et le degré de solvabilité des locataires ; mais lorsque le créancier habite la maison, le caractère aléatoire de la convention disparaît ou est du moins considérablement diminué ; car il n'y a plus à craindre les non-valeurs ou l'insolvabilité des locataires ; aussi déciderions-nous en droit français qu'il y a là un gain illicite et portant atteinte à la loi limitative du taux de l'intérêt ; le législateur romain en décide autrement ; peut-être a-t-il voulu éviter les contestations qui auraient pu s'élever sur la valeur locative de la maison et éviter ainsi de donner lieu à des

estimations un peu arbitraires, ce genre de valeurs étant nécessairement sujet à de grandes variations ; quoiqu'il en soit, la décision de la loi française serait différente et dans notre espèce, si la valeur locative de l'immeuble d'après les anciens baux ou à défaut de baux, d'après une estimation fixée par experts dépassait les intérêts calculés sur le pied du taux légal, l'excédent serait imputable sur le capital.

Nous verrons encore à propos du *nauticum fœnus* une conséquence de ce principe que lorsque le gain du créancier est aléatoire, le taux de l'intérêt ordinaire peut être dépassé sans qu'il y ait usure ; nous renvoyons à un paragraphe spécial l'étude des règles qui régissent ce que nous appelons aujourd'uui le prêt à la grosse.

La loi 23 au Code *de usuris* (IV, 32) fait encore une application de la même idée : il s'agit d'un prêt de denrées effectué en nature et le jurisconsulte nous dit que les variations de prix auxquelles est sujet ce genre de marchandises ont fait admettre qu'on pourrait convenir d'intérêts supérieurs au taux ordinaire ; nous rappelons qu'à l'origine même ces intérêts pouvaient être illimités. L'aléa porte dans notre hypothèse, non pas sur la quantité, mais sur le *quantum* de la valeur de la chose; les jurisconsultes romains se sont laissés guider par cette considération absolument fausse, à savoir qu'en rendant 15 mesures d'huile ou de blé au lieu de 10, le débiteur ne rend pas nécessairement plus qu'il n'a reçu ; il peut

même arriver, croyaient-ils, qu'il rende moins si le cours de ces marchandises a considérablement baissé et précisément à cause de cette aléa, on peut convenir d'intérêts dépassant le taux ordinaire ; tandis qu'en matière de prêt d'argent, le débiteur qui rend 21 au lieu de 20 rend nécessairement plus qu'il n'a reçu, la valeur des métaux précieux étant fixe ; raisonnement qui méconnaît ce principe élémentaire de l'économie politique que l'or et l'argent sont des marchandises comme les autres. En droit français le prêt de denrées peut atteindre un taux d'intérêt illimité mais pas pour la raison que donne la loi romaine ; le motif qui nous fait admettre cette solution est que la loi de 1807 n'a fixé de maximum au taux de l'intérêt qu'en matière de prêt d'argent et en toute autre matière n'a pas dérogé à l'article 1905 du Code civil qui autorisait la liberté du prêt à intérêt.

La stipulation de peine présentait aux parties un moyen commode d'éluder la loi sur la fixation maxima du taux de l'intérêt ; dans le cas où une somme d'argent était due en vertu d'un prêt, les parties pouvaient stipuler ou convenir qu'une peine serait due si la somme prêtée n'était pas remboursée à l'échéance ; il est certain que primitivement cette peine n'était astreinte à aucune limitation et pouvait dépasser de beaucoup le montant des intérêts légitimes ; ce résultat était du reste parfaitement conforme aux principes du droit romain qui admettait des peines privées ayant pour résultat l'enrichisse-

ment de la victime et l'apauvrissement du coupable ; ce fut plus tard seulement, probablement dans la crainte qu'une semblable convention ne portât atteinte à la loi limitative du taux de l'intérêt, qu'on restreignit la liberté des parties en cette matière ; en effet, tous les textes qui nous montrent que les contractants n'ont plus la faculté de stipuler ou de convenir d'une peine supérieure au montant des intérêts légitimes sont de l'époque de Papinien, d'Ulpien et de Modestin.

Nous avons dit que la stipulation de peine pouvait intervenir à la suite d'un prêt d'argent ; mais la solution serait la même et par conséquent la peine ne pourrait plus être illimitée, s'il s'agissait d'une somme d'argent due en vertu de toute autre cause qu'un prêt ; nous savons, en effet, que la loi contre l'usure, introduite d'abord pour les prêts d'argent, fut étendue à toutes les dettes d'argent, quelle qu'en fût l'origine.

Ces considérations générales terminées, nous allons aborder spécialement l'étude d'un certain nombre de textes qui traitent de la stipulation de peine intervenue à la suite d'une dette d'argent.

Le premier de ces textes est un texte de Papinien (1). Il suppose qu'une somme d'argent a été prêtée sans esprit de gratuité, c'est-à-dire à intérêt *(pecunia fœnebris)*, et qu'il a été stipulé que si la somme prêtée n'était pas

1. L. 9, princ. D. de usuris (XXII, 1).

remboursée au terme convenu, le débiteur paierait le double; le jurisconsulte décide que cette stipulation n'est pas valable en tant qu'elle excède le montant des intérêts légitimes; c'est pourquoi, après avoir fait le calcul des intérêts selon le temps écoulé et retranché le surplus, la stipulation conservera sa force pour ce qui restera.

Il y a deux manières d'interpréter ce texte et particulièrement les mots : *dupli stipulatum*. D'après Cujas, c'est le double du capital qui a été stipulé pour le cas où la somme due ne serait pas remboursée à l'échéance, et voici comment le jurisconsulte construit l'hypothèse : il se place à l'époque classique où le taux maximum de l'intérêt était de 12 0/0 et il suppose que le créancier a stipulé des intérêts à 6 0/0, par exemple, puis le double du capital pour le cas où le débiteur ne paierait pas à l'échéance, et il décide que, la peine étant commise, le double du capital sera réduit de manière à arriver à un chiffre d'intérêts égal à 12 0/0, mais ne pourra le dépasser.

Le Scoliaste se place au contraire à l'époque de Justinien, où le taux de l'intérêt est réduit à 6 0/0, et par l'expression *dupli stipulatum*, il entend le double du taux de l'intérêt primitivement stipulé; par exemple, le prêt a été fait à 4 0/0 et si le remboursement n'est pas effectué à l'échéance, le taux de l'intérêt s'élèvera à 8 0/0. Cette explication du Scoliaste a le tort de ne pas nous montrer le doute qui pouvait s'élever à propos de la ques-

tion; car il est bien évident que dans l'hypothèse telle qu'il la conçoit, la réduction est nécessaire; car en stipulant des intérêts à 8 0/0, la convention sur les intérêts qui est intervenue entre les parties viole certainement la règle qui défend de stipuler à plus de 6 0/0; tandis que dans l'explication donnée par Cujas ce ne sont pas, à proprement parler, des intérêts supérieurs au taux légal qui ont été stipulés, mais une peine qui, si l'on s'en tenait aux principes du droit romain primitif, pouvait être illimitée; il y avait donc lieu de douter, et c'est parce que l'on vit dans une stipulation de ce genre une fraude pouvant servir à déguiser une convention d'intérêts usuraires qu'on finit par restreindre la liberté des parties en cette matière.

Le système de Cujas est donc le meilleur, car il nous montre bien l'hésitation qui avait pu se produire dans l'espèce; la raison de douter était d'autant plus grande qu'il y a une différence assez considérable entre le cas où des intérêts supérieurs au taux légal ont été stipulés et celui où une peine (dans l'espèce une peine du double) vient frapper le débiteur en fraude. Dans la première hypothèse, on comprend que la loi vienne au secours de l'emprunteur, car le créancier peut laisser son débiteur dans une sécurité trompeuse en s'abstenant de le poursuivre, afin de laisser courir de gros intérêts; il n'en est pas de même lorsqu'une peine du double a été stipulée; c'est une menace précise qui permet à l'emprun-

teur de ne pas oublier le remboursement qu'il doit effectuer, et si la peine vient à être commise, la situation du débiteur ne s'aggrave pas pendant l'inaction du créancier; car les intérêts ne continueront pas à s'accumuler et il ne devra toujours que le double, quelle que soit l'époque à laquelle le créancier se décide à le poursuivre; remarquons toutefois que lorsque le prêteur aura obtenu condamnation contre l'emprunteur, il se verra dédommagé de la privation de son capital par un intérêt au taux de 24 0/0 dans le droit classique, de 12 0/0 sous Justinien, si la condamnation n'est pas exécutée dans un délai primitivement de deux mois et fixé à quatre mois sous ce prince.

Le texte que nous venons d'étudier prévoit l'hypothèse où la somme d'argent est due en vertu d'un prêt; en voici un autre qui examine le cas où la dette a pris naissance à la suite d'une vente. C'est la loi 13 au Digeste § 26 *de act. empt. et venditi.* (XIX, 1); il a été convenu à la suite d'une vente que le prix serait payé à une certaine époque et que s'il ne l'était pas à cette date, le double de ce prix serait dû au vendeur; remarquons en passant que dans l'espèce la peine n'a pas été stipulée comme précédemment mais simplement convenue en vertu d'un pacte ajouté au contrat de vente; il en résultera que le montant de la peine ne pourra pas être réclamé par l'action *ex stipulatu* mais par l'action *venditi*; le jurisconsulte nous dit que cette peine est ajoutée en fraude de la loi

sur le taux de l'intérêt en tant que le double excède le chiffre des intérêts légitimes (*usura legitima*). A première vue les expressions *usura legitima et in fraudem constitutionum* semblent contradictoires, car par l'expression *legitima* on désigne en général ce qui a été édicté par les lois des 12 Tables, l'*usura legitima* est donc le taux de l'intérêt fixé par la loi des douze Tables et qui était désigné sous le nom d'*uncarium fœnus*; on donne de cette contradiction apparente deux explications principales. La première consiste à dire que l'épithète *legitima* sert à désigner un retour au taux de l'intérêt tel qu'il avait été fixé par la loi des douze Tables, ce qui prouverait que l'*unciarium fœnus* était de 12 0/0 comme la *centesima usura* ; dans la seconde explication on prétend que cette expression désigne un retour non pas au taux de la loi des douze Tables mais au principe de cette loi qui prohibait l'usure, ce qui ferait supposer qu'elle était tombée en désuétude pendant un certain temps, puisque les constitutions impériales durent remettre le principe en vigueur.

Quoiqu'il en soit sur cette question, le texte décide que la peine du double du prix sera réduite si elle dépasse le chiffre des intérêts calculés au taux maximum à partir du jour où l'acheteur doit son prix jusqu'au jour du paiement.

La loi romaine protège donc dans la même mesure l'emprunteur qui ne rembourse pas la somme prêtée à l'é-

chéance convenue et l'acheteur qui ne paye pas son prix au jour fixé, et il est probable que cette solution fut admise lorsque la loi sur l'usure eût été étendue des prêts d'argent aux dettes d'argent quelconques. Il y aurait pourtant, au point de vue logique, à distinguer entre ces deux catégories de personnes; il peut en effet arriver que l'emprunteur soit obligé de contracter un emprunt et qu'étant le moins fort il se voie contraint de subir la loi du créancier; on comprend alors que le législateur vienne à son secours et lui accorde une protection spéciale; mais on n'est jamais forcé d'acheter et en tout cas on peut librement débattre avec le vendeur les conditions du contrat et ne pas les accepter si elles sont par trop onéreuses; lorsque le consentement des deux contractants a été échangé, il devrait faire la loi des parties et, quelles que soient les conséquences qui en résultent, le législateur ne devrait pas intervenir; d'ailleurs l'acheteur est en faute de n'avoir pas payé son prix à l'époque fixée; il ne peut s'en prendre qu'à lui de la peine qu'il a à subir.

Poursuivons l'étude de notre texte; le jurisconsulte nous dit que l'hypothèse qui vient d'être prévue est bien différente de celle de la *lex commissoria*; dans ce cas, il n'y a pas une convention d'intérêts usuraires mais une clause ajoutée au contrat d'une façon licite; la *lex commissoria* est une convention ajoutée à une vente qui en autorise la résolution si le prix n'est pas payé à l'époque déterminée; à ne considérer que le droit commun, lorsque

la résolution produisait son effet, chacune des parties devait remettre à l'autre ce qu'elle avait reçu, l'acheteur la chose, le vendeur les fractions du prix qu'il avait touchées ; mais on convenait le plus souvent que le vendeur tout en reprenant sa chose pourrait conserver à titre de dommages-intérêts les fractions du prix qui lui auraient été payées, l'acheteur bénéficiant dans ce cas des fruits de la chose à titre de compensation ; (1) on pouvait même aggraver la clause en convenant que si le vendeur ne revendait la chose qui lui avait été restituée qu'à un prix inférieur, il pourrait réclamer la différence au premier acheteur (2). C'était là une sorte de folle enchère et une peine affligée au débiteur imprudent.

Or, il peut résulter de ces sortes de conventions que l'acheteur paye une somme bien supérieure au chiffre des intérêts légitimes du prix de vente. Comment se fait-il qu'elles soient autorisées, alors que les parties ne pourraient pas valablement convenir qu'en cas de non paiement du prix à l'époque fixée, le débiteur payerait une peine supérieure au chiffre des intérêts calculés au taux légal. Le jurisconsulte nous en donne la raison ; dans le premier cas il y a dette d'argent et par conséquent il faut appliquer la loi sur la limitation du taux de l'intérêt ; dans le deuxième cas au contraire, il n'y a pas dette d'argent, il y a une résolution du contrat qui peut se pro-

1. L. 4, § 1. D. de lege commissoria, (XVIII, 3).
2. L. 4, § 3, ibid.

duire dans des conditions fâcheuses pour le débiteur en faute ; mais il ne saurait être question d'intérêts excessifs ajoutés au prix de vente puisque par suite de la rescision du contrat ce prix disparaît.

Si maintenant, au lieu de supposer que l'acheteur est en faute, nous supposons que c'est le vendeur; par exemple il s'est produit une éviction, le montant de la peine que le vendeur aurait promise pour le cas où cette hypothèse se réaliserait, pourrait-il être supérieur au chiffre des intérêts légitimes calculés sur le pied du prix de vente? [La loi 56 *principium* au Digeste, *de evictionibus* (XXI, 2) semble bien nous prouver que dans cette espèce, le montant de la peine n'est pas limité par le législateur; nous voyons en effet que le vendeur peut s'obliger valablement, au cas où l'éviction viendrait à se produire, à payer le simple, le triple ou le quadruple du prix de vente; le texte ne nous parle pas de la promesse du double parce qu'en l'absence de toute convention elle était sous-entendue; il ne s'occupe que des cas où les parties atténuent ou aggravent le chiffre de la peine.

La solution que nous donne la loi que nous citons se justifie parfaitement; en effet, lorsqu'il s'agit d'une dette de somme d'argent et qu'elle n'est pas remboursée à l'échéance, on comprend que le législateur fixe le montant de la peine due au chiffre des intérêts légitimes produits par cette somme; cette limitation n'a rien d'arbitraire, car si le créancier avait reçu la somme au jour fixé, il est

probable qu'il l'aurait placée et il en aurait précisément retiré l'intérêt que lui accorde la loi; mais lorsque l'acheteur est évincé de la chose livrée par le vendeur, fixer la réparation du préjudice causé aux intérêts du prix de vente eût été presque toujours insuffisant pour indemniser l'acheteur, car le bénéfice que lui enlèvera l'éviction sera le plus souvent bien supérieur à ce chiffre; il importait donc de laisser en cette matière toute liberté aux parties contractantes. Toutefois, la solution que nous venons d'indiquer n'est pas admise par tous les interprètes, au moins si l'on se place à une certaine époque du droit romain ; ils admettent bien que sous le droit classique la *pœna* était arbitrairement fixée par les parties mais ils prétendent qu'il n'en était pas de même sous le Bas-Empire; ils s'appuient principalement sur la loi unique au Code de *sententiis quæ*.... etc. (VII, 47) dans laquelle Justinien décide que dans toutes les contestations qui ont pour objet une quantité déterminée, le montant des dommages-intérêts qui peuvent être accordés ne doit pas dépasser le double du montant de l'obligation principale; sans entrer à fond dans la controverse à laquelle cette constitution a donné lieu, il nous suffira de dire qu'elle ne s'applique pas au cas où les parties sont convenues d'une peine par stipulation ou par simple pacte, mais celui où le juge est appelé à fixer le chiffre des dommages-intérêts dus à l'une des parties contractantes.

Voici encore un texte qui en matière de prêt d'argent

nous montre que la peine ne pouvait, au moins à une certaine époque, dépasser le montant des intérêts légitimes ; l'espèce est prévue dans un rescrit de Gordien relaté au Code, loi 15 *de usuris* (IV, 32). Il suppose qu'une personne a reçu une certaine somme en s'obligeant à défaut de remboursement à la date fixée à la restituer avec une peine du quadruple ; on voit que primitivement la peine pouvait être en disproportion complète avec le préjudice causé au créancier, ce qui du reste était parfaitement conforme aux principes qui régissaient la matière; la décision de l'empereur nous fait voir qu'on hésitait à étendre à cette hypothèse la loi sur la limitation du taux de l'intérêt, et c'est dans le sens de l'affirmative que le texte tranche la question.

Enfin nous citerons la loi 44 au Digeste (XXII, 1) dans laquelle Modestin nous dit qu'on ne peut stipuler une peine *pro usuris* au delà du maximum des intérêts fixé par la loi. Ici l'hypothèse prévue est sensiblement différente de celles examinées dans les deux textes précédents et ne pouvait donner lieu aux mêmes difficultés ; ici la peine est stipulée *pro usuris,* c'est-à-dire pour tenir lieu d'intérêts ; il est donc tout naturel qu'elle ne puisse dépasser le chiffre des intérêts autorisés par la loi ; tandis que dans les deux autres textes, la peine est stipulée pour infliger un châtiment à l'emprunteur coupable et la question est précisément de savoir si on doit appliquer dans ce cas la loi sur l'usure.

Nous rappelons que si le législateur romain défend de stipuler une peine supérieure au montant des intérêts légitimes en cas de non paiement d'une dette d'argent à l'échéance fixée, il accorde pourtant au créancier une compensation pour la privation de son capital. Il n'a pour obtenir ce résultat qu'à faire condamner son débiteur et si celui-ci n'existe pas, la condamnation dans un délai qui, primitivement de 30 jours, a été porté à trois puis à quatre mois, il aura droit à des intérêts calculés à un taux double du taux ordinaire.

Au contraire, une stipulation de peine serait valable et ne porterait pas atteinte à la règle limitative du taux de l'intérêt dans l'espèce suivante prévue par la loi 9, § 1 au Digeste (XXII, 1). Une somme d'argent a été prêtée à un taux inférieur au maximum légal ; mais le créancier a stipulé que si ces intérêts modérés n'étaient pas payés aux échéances fixées, il aurait droit de réclamer les intérêts au taux maximum ; le jurisconsulte nous dit que cette clause ne constitue pas une peine, c'est-à-dire une répression arbitraire et illimitée, infligée par le créancier à son débiteur, mais n'est que la privation d'un bénéfice primitivement accordé ; il n'y a pas là d'infraction à la loi sur l'usure, et la stipulation pourra produire son effet car en définitive, le maximum du taux légal n'est jamais dépassé et si l'aggravation relative à ce taux est permise, c'est qu'antérieurement il y avait eu adoucissement ; il est bien entendu que cette aggravation ne pourra avoir

lieu que pour l'avenir et non pour les intérêts déjà payés; car pour ceux-ci le débiteur n'est pas en faute et par conséquent la peine ne doit pas être commise ; c'est du moins la décision qui nous semble certaine en présence des termes de la loi 17 *princip.* au Digeste *de usuris* (XXII, 1).

A propos de la loi 9 que nous étudions,le jurisconsulte soulève la question de savoir si dans l'hypothèse qu'il prévoit la règle sur l'anatocisme se trouve violée; nous examinerons cette question dans le chapitre II de la présente section.

Voici encore une hypothèse où la peine encourue ne tombe pas sous le coup de la loi répressive de l'usure; nous la trouvons exposée dans la loi 47 *princ.* au Digeste *de pactis* (II, 14). Un vendeur stipule de son acheteur une somme de vingt; (c'est là un cas assez particulier; le vendeur a stipulé le prix de vente de sorte qu'il pourra le réclamer par l'action *ex stipulatu,* action de droit strict au lieu d'avoir recours à l'action *venditi,* action de bonne foi; de là des différences importantes au point de vue des conséquences de ces deux actions), puis il consent à n'exiger qu'une somme de treize à condition qu'elle lui sera payée à une époque déterminée; faute par l'acheteur d'effectuer le paiement à la dite date, les parties conviennent que le vendeur pourra exiger la somme primitivement fixée, c'est-à-dire la somme de vingt; la peine est commise et le jurisconsulte décide que rien n'empê-

che le créancier de réclamer vingt au débiteur et qu'il ne saurait être ici question d'appliquer la loi limitative du taux de l'intérêt ; en effet, le vendeur a accordé à l'acheteur une remise de dette conditionnelle et, la condition venant à défaillir par la faute de ce dernier, la remise de la dette tombe de plein droit et le vendeur reprend sa créance telle qu'elle existait primitivement.

Il arrive fort souvent qu'une stipulation de peine d'une nature spéciale est ajoutée au *nauticum fœnus* ; dans ce cas le montant de la peine ne doit pas dépasser le chiffre des intérêts légitimes ; un rapide exposé des principes qui régissent le *nauticum fœnus* va nous permettre de fixer dans quelles limites la peine doit être contenue pour ne pas porter atteinte à la règle qui limite le taux de l'intérêt.

Le *nauticum fœnus* appelé aussi *trajectitia pecunia* suppose deux conditions : 1° l'emprunteur se propose de transporter outre-mer soit l'argent prêté, soit des marchandises achetées avec cet argent ; 2° la convention l'affranchit de toute restitution si le navire ou la cargaison vient à périr par cas fortuit ou comme on dit aujourd'hui par fortune de mer (1). Le prêteur supporte donc seul les risques non pas pendant toute la durée du prêt, mais à partir du jour où la traversée commence jusqu'au jour où elle s'achève (2); si même il a été convenu que le tra-

(1) Accarias.
(2) L. 4, C. de naut. fœn. (IV, 33).

jet s'effectuerait dans un certain délai et s'il arrive que ce laps de temps soit dépassé sans que le navire soit de retour, le prêteur sera déchargé des risques (1); il ne répond du reste que de ceux qui résultent *ex navigatione* tels que les pertes occasionnées par les vents, les flots, même l'incendie et les attaques des pirates à moins de stipulation contraire, mais il est libéré de tous risques si le vaisseau a abandonné la route convenue sans y être forcé par les nécessités de la navigation ou si les pertes qu'il a subies sont survenues par la faute de l'armateur ou par des vices de construction.

A cause du caractère aléatoire de ce genre de contrat et des chances de non remboursement auxquelles s'expose le prêteur, le *nauticum fœnus* est affranchi de certaines règles gênantes et rigoureuses auxquelles est assujetti le *mutuum*. Il en est de même dans le cas de différents autres prêts aléatoires, par exemple dans celui où, ayant livré une somme d'argent à un athlète qui veut se préparer ou s'exercer à la lutte, on convient qu'il ne rendra les deniers qu'autant qu'il sera vainqueur.

Et d'abord les intérêts peuvent être dus en vertu d'un simple pacte (2); mais remarquons que cette décision favorable de la loi n'est applicable que pendant que le vaisseau est en mer et qu'aussitôt le péril passé, le pacte sera dénué de son efficacité pour l'avenir; une stipula-

1. L. 6, D. de naut. fœn· et l. 3 ibid.
2. L. 7 D. de naut. fœn. (XXII, 2)

tion redeviendra nécessaire pour faire courir des intérêts ; c'est ce qui semble du moins résulter de la loi 4, § 1, D. *de naut. fœn.* (XXII, 2).

Une seconde dérogation au droit commun consiste en ce que les intérêts ne sont pas astreints à la limitation édictée par le législateur. Avant Justinien, ils pouvaient être illimités (1); ce prince les réduisit au taux de 12 0/0; mais ici une question se présente : est-ce douze pour cent par an ou par voyage ? Il est fort probable que c'est par an, car la limitation édictée par Justinien se trouve contenue dans la loi 26, § 1, au Code, *de usuris*, qui fixe également en différentes autres matières le taux maximum dont les parties pourraient convenir, et dans tous ces cas le chiffre de l'intérêt est fixé à tant pour cent par an ; on peut en conclure qu'il en est de même pour le cas *de nauticum fœnus* et que, s'il y avait eu dérogation à cette règle, le texte en aurait parlé ; quoi qu'il en soit, nous faisons ici la même remarque que précédemment et nous constatons que cet intérêt supérieur au taux ordinaire ne peut être exigé que tant que l'argent voyage aux risques du prêteur, qu'il ne pourrait même jamais être demandé si, en vertu d'une clause expresse du contrat, les risques n'avaient pas été mis à la charge du prêteur (2).

Enfin, une dernière particularité du *nauticum fœnus*, c'est que, tant que le péril dure, il échappe aux règles

1. Paul, Sent., lib. 2, tit. 14, § 3.
2. L. 2, C. de naut. fœn. (IV, 33).

de la *computatio dupli*, et par conséquent les intérêts peuvent dépasser la valeur du capital sans cesser de courir.

Nous arrivons maintenant à la stipulation de peine ajoutée au *nauticum fœnus* ; il pouvait être entendu entre les parties qu'en cas de non remboursement de la somme due après l'heureuse arrivée du navire, (le délai accordé à l'emprunteur pour se libérer était habituellement de dix ou vingt jours après cette arrivée), une peine serait encourue.

Nous devons examiner ce que devait comprendre ce remboursement pour être complet et ne pas donner lieu à la commise de la peine. Il devait comprendre ; 1° le capital prêté ; 2° une prime qui comprenait deux éléments bien distincts ; d'abord une indemnité accordée au prêteur pour la privation de son capital pendant la traversée et ensuite un certain bénéfice qui était la compensation du péril auquel s'exposait le prêteur en faisant l'abandon de sa créance dans le cas où le navire ne reviendrait pas sain et sauf ; nous savons que cette prime, librement fixée par les parties avant Justinien, fut soumise à un maximum qu'elle ne put dépasser ; 3° les intérêts contenus dans le maximum légal et courus depuis le jour de l'arrivée du navire jusqu'au jour où le remboursement devait s'effectuer ; ces intérêts n'étaient pas dus de plein droit et un pacte même n'aurait pu les faire

courir ; mais une stipulation intervenue entre les parties pouvait produire ce résultat.

Faute par le débiteur d'effectuer ce remboursement au jour fixé, la peine était encourue ; un objet spécial était attribué à cette peine ; il était d'usage que le créancier chargeât un esclave d'accompagner l'expédition maritime et de veiller au remboursement de la somme ; si elle n'était pas remise dans les délais fixés, il devait en attendre le remboursement et faire les diligences nécessaires pour l'obtenir ; le maître se trouvait pendant ce temps privé de ses services, et pour l'indemniser de cette privation, il était d'usage (1) de stipuler une peine ordinairement calculée par fractions : tant par chaque jour de retard ; cette peine prenait le nom spécial de *pœna ob operas*. Il est probable qu'à l'origine elle était arbitrairement déterminée par les parties contractantes, et ce fut seulement plus tard, quand on eut remarqué qu'elle pouvait servir à déguiser une créance d'intérêts usuraires, qu'on songea à l'enfermer dans de certaines limites que la loi 4, § 1, au Digeste, *de nautico fœnore* (XXII, 2) nous fait connaître ; lorsque les intérêts, qui courent à partir de la cessation du péril de mer, dit le texte, restent en deçà du maximum permis par la loi, il sera permis aux parties de combler la différence par la *pœna ob operas* ; il faut supposer qu'à l'arrivée du navire, les in-

1. L. 23, princ. D. de oblig. et act. (XLIV, 7).

térêts ont été stipulés à un taux inférieur au maximum légal, à 10 0/0, par exemple si nous nous plaçons à l'époque classique; il sera permis alors de compléter le maximum *per alteram stipulationem,* c'est-à-dire par une seconde stipulation ayant pour but la *pœna ob operas,* la première étant relative aux intérêts ; d'où il résulte que si ces intérêts égalent le maximum, toute stipulation de peine est impossible, puisque ce sont les intérêts courus depuis l'arrivée du navire additionnés avec la *pœna ob operas* qui ne peuvent dépasser le maximum autorisé par la loi ; le texte nous dit encore que la peine cesse de produire son effet lorsque la somme due à ce titre et qui est calculée par fractions, tant par chaque jour de retard, atteint le chiffre du principal ; c'est une conséquence de ce principe signalé plus haut que le *nauticum fœnus* n'échappe aux règles de la *computatio dupli* que tant que l'argent voyage aux risques et périls du prêteur ; ici, nous ne sommes plus dans l'exception, puisque le navire est de retour au port ; aussi rentrons-dans la règle.

Nous avons ainsi examiné les principaux moyens à l'aide desquels les parties peuvent chercher à dissimuler une convention d'intérêts usuraires ; nous allons maintenant passer en revue certains cas dans lesquels il peut y avoir violation des règles sur l'anatocisme.

CHAPITRE II

Les usuriers employaient pour parvenir à ce résultat les mêmes ruses que pour prêter au-dessus du taux légal. Le moyen le plus fréquemment employé consistait à simuler une double tradition ; à chaque échéance où le paiement des intérêts devait avoir lieu et où il ne s'était pas effectué par suite de l'insolvabilité de l'emprunteur, le prêteur feignait de l'avoir reçu, puis il stipulait les intérêts de cette somme comme si elle lui avait été réellement payée et s'il l'avait réellement remise à l'emprunteur à titre de nouveau prêt ; le débiteur se trouvait de cette façon obligé de payer les intérêts des intérêts ; ou bien les prêteurs exigeaient des gages qu'ils retenaient jusqu'au paiement des intérêts illicites. Justinien, pour couper court à ces fraudes, prohibe toute convention plus ou moins dissimulée d'anatocisme, soit pour les intérêts échus, soit pour les intérêts à échoir (*præteriti vel futuri temporis*) (1).

Plusieurs lois du Digeste, qui à première vue semblent déroger à la règle sur l'anatocisme et faire produire des

1. L. 28, C. de usuris (IV, 32).

intérêts à des intérêts, prévoient en réalité des cas, où la cause de la dette étant changée, la nouvelle dette qui a pris naissance a véritablement le caractère du capital.

Ainsi là loi 7 § 12 au Digeste *de administratione et periculo tutorum* (XXVI, 7) prévoit l'hypothèse suivante : un tuteur ou un curateur a perçu les intérêts d'un capital appartenant au pupille et les a employés à son usage personnel ; il devra tenir compte au pupille des intérêts de ces intérêts et le texte nous dit : peu importe que la somme ainsi employée par le tuteur provienne d'un capital ou des intérêts d'un capital appartenant au pupille ; en effet, à ne considérer que la nouvelle obligation qui prend naissance, c'est un capital que reçoit le tuteur et il est tout naturel qu'il en doive les intérêts ; la décision contraire eût d'ailleurs été parfaitement injuste ; le devoir du tuteur après avoir touché le montant des intérêts dus au pupille était de les placer, et en décidant que le tuteur en devra les intérêts, la loi ne fait que restituer au pupille le bénéfice qui serait résulté pour lui d'une bonne administration de celui qui gère pour son compte.

De même dans l'espèce prévue par la loi 58 § 4 au Digeste *de adminis. et peric.* (XXVI, 7) : à la fin d'une tutelle, les cotuteurs se trouvent être détenteurs d'une somme provenant des intérêts des capitaux du pupille ; cette somme est remise entre les mains du curateur et

le jurisconsulte pose la question de savoir si elle sera considérée comme un capital de telle sorte que les curateurs en devront les intérêts, et il répond par l'affirmative par ce que tout l'argent qui passe entre les mains des curateurs, que ce soit des capitaux, que ce soit des intérêts devient capital ; la raison de décider est la même que précédemment ; nous ajouterons une observation commune à ces deux espèces ; c'est que la raison qui a fait prohiber la capitalisation des intérêts ne se retrouve plus dans les deux hypothèses prévues; le législateur, en défendant l'anatocisme a voulu protéger le débiteur et empêcher que les intérêts, en s'ajoutant au capital à chaque échéance et en produisant eux-mêmes des intérêts, ne vinssent doubler et tripler au bout d'un espace de temps relativement assez court la somme primitivement due ; ici cet inconvénient ne se présente pas. Il y a en effet deux débiteurs : l'un, le débiteur primitif qui a reçu le capital à titre de prêt, par exemple, et doit en servir les intérêts au taux légal ; l'autre, le tuteur ou le curateur qui ayant touché les intérêts payés par le premier débiteur et ne les ayant pas employés d'une façon avantageuse pour celui dont il gère la fortune, est contraint par la loi d'en payer les intérêts ; mais ces intérêts rendus ainsi productifs ne viennent pas s'ajouter au capital pour obérer un seul et même débiteur ; il y a deux débiteurs et deux dettes parfaitement distinctes.

A propos de la loi 9 § 1 au Digeste *de usuris*, livre

XXII, titre 1, nous avons examiné la question de savoir si dans l'espèce prévue par le texte. il y avait violation de la loi sur l'usure? Examinons maintenant s'il y a violation de la règle qui prohibe l'anatocisme : nous rappelons l'hypothèse : une somme d'argent a été prêtée et le prêteur n'a demandé que des intérêts inférieurs au taux maximum autorisé par la loi, puis il a stipulé que si ces intérêts modérés ne lui étaient pas payés à l'échéance, les intérêts au taux maximum seraient exigibles ; pour qu'il y eût anatocisme, il faudrait que les intérêts dus par suite de la commise de la peine fussent calculés à raison du capital primitif augmenté des intérêts déjà courus : il y aurait là en effet une capitalisation des intérêts ; mais il n'en est pas ainsi dans notre espèce et le calcul se fait eu égard au capital primitif, abstraction faite des intérêts exigibles ; le prêteur n'a donc fait que stipuler un intérêt plus fort à titre de peine et la règle sur l'anatocisme ne se trouve nullement violée.

Voici au contraire un cas où une stipulation de peine pourrait servir à dissimuler une convention contraire aux règles sur l'anatocisme ; nous avons vu qu'en matière de *nauticum fœnus*, le prêteur pouvait stipuler qu'à l'arrivée du navire, les intérêts légitimes de la somme qui lui était due commenceraient à courir jusqu'au jour du paiement. Or cette stipulation ne pouvait porter que sur la somme principale, c'est-à-dire sur le capital prêté et non sur cette somme augmentée des *usuræ mari-*

timæ; ce serait en effet faire produire des intérêts à des intérêts, ce qui est formellement prohibé par la loi ; vainement objecte-t-on que le motif qui a fait proscrire l'anatocisme n'existe pas dans l'espèce ; en le prohibant, disent les partisans de cette opinion, le législateur a voulu empêcher la ruine des débiteurs par l'accumulation des intérêts et il a pensé ne pas faire tort au créancier parce qu'il est probable qu'il aurait dépensé ces intérêts au lieu de les placer ; or ces considérations ne s'appliquent plus dans notre cas ; les intérêts maritimes ne sont pas de la même nature que les intérêts terrestres ; ils sont payés avec le capital et s'y incorporent pour ainsi dire ; il est donc permis de supposer qu'en recevant en même temps le capital et le profit maritime, le créancier aurait engagé la somme entière dans une nouvelle spéculation,

Que les intérêts maritimes ne soient pas de la même nature que les intérêts terrestres, cela est possible, mais il n'en est pas moins vrai que ce sont des intérêts, et qu'à ce titre la règle sur l'anatocisme doit s'appliquer.

SECTION IV

Des conséquences d'une violation des règles sur le taux de l'intérêt et sur l'anotocisme.

Ces conséquences sont de deux sortes et il faut les envisager à deux points de vue différents : au point de vue pénal et au point de vue civil.

CHAPITRE PREMIER

Les lois pénales répressives de l'usure n'ont jamais été très bien observées à Rome ; ce fut la loi des Douze Tables qui édicta la première une peine du quadruple contre les usuriers ; mais il est probable que cette disposition législative fut abrogée ou tomba en désuétude, car nous voyons au Code Théodosien une règle spéciale ayant pour but de la remettre en vigueur (1). Cette peine du quadruple ne se retrouve plus dans la compilation de Justinien. L'Empereur Dioclétien avait décidé que ceux qui exigeraient un intérêt trop élevé ou les intérêts des intérêts encourraient la peine de l'infamie (2), et Justinien conserva cette disposition ; rappelons en quelques mots les déchéances dont était frappé celui qui était noté d'in-

1. L. 2, C. Théod. De usuris, (II, 33).
2. L. 20, C. ex quib. caus. infam (II, 12).

famie; d'abord le *jus honorum* lui était enlevé; il ne pouvait plus aspirer ni aux dignités municipales, ni aux magistratures romaines; il était exclu de la liste des juges et probablement il perdait aussi le droit de suffrage; il lui était impossible de donner ou de recevoir une procuration *ad litem,* et il ne pouvait intenter une action publique, à moins que ce ne fût pour venger une injure personnelle ou le meurtre d'un de ses parents; enfin les lois caducaires avaient introduit une déchéance spéciale venant atteindre la femme notée d'infamie; il lui était interdit de se marier avec un ingénu; cette prohibition ne s'étendait pas à l'homme noté d'infamie pour qui il était possible de contracter mariage avec une ingénue; cette différence tenait probablement à ce qu'en fait la femme est moins fréquemment que l'homme entraînée à contracter une union inférieure, et qu'elle a par suite moins besoin de protection pour résister à son propre entraînement. Toutes les déchéances que nous venons de signaler étaient perpétuelles et on ne pouvait en être relevé que par une *restitutio in integrum* accordée par le sénat ou par le prince (1).

Telles étaient à Rome les dispositions pénales répressives de l'usure; elles sont du reste d'une importance secondaire et c'est dans la législation civile qu'il faut rechercher la véritable sanction des lois limitatives du taux de l'intérêt.

1. Accarias.

CHAPITRE II.

Lorsque des intérêts au-dessus du taux légal ou les intérêts des intérêts avaient été stipulés ou promis en violation des règles ci-dessus exposées, la créance qui en résultait n'était valable que dans les limites permises par la loi et ne produisait aucun effet pour le surplus. C'est ce que nous atteste un grand nombre de textes, entre autres la loi 29 au Digeste *de usuris*, et la loi 9 au même titre que nous avons eu l'occasion d'étudier.

Cette décision, probablement contemporaine de la disparition de la peine du quadruple, innovait sur le droit primitif qui permettait au créancier d'agir pour le tout et d'obtenir ainsi le paiement des intérêts usuraires, sauf à le punir en délivrant au débiteur une action, grâce à laquelle il pouvait faire condamner l'usurier au quadruple de ce que ce dernier avait obtenu. Plus tard, il sembla plus simple et plus logique d'empêcher le créancier d'agir pour le tout et de restreindre son action dans les limites autorisées par la loi.

L'action ne sera donc pas accordée au créancier pour les intérêts stipulés ou convenus contrairement aux règles édictées par le législateur, mais elle le sera pour les inté-

rêts légitimes et à plus forte raison pour le capital (1); il n'existe qu'un cas où par exception le créancier perd toute créance; ce cas est prévu par les Novelles 32 et 34; nous savons que sous Justinien, les prêts d'argent faits aux cultivateurs ne peuvent dépasser le taux de 4 0/0 et que dans les prêts des denrées fait aux mêmes personnes le créancier ne peut exiger qu'un intérêt égal au 8e du capital prêté; si ces règles n'ont pas été observées le prêteur ne peut exiger ni les intérêts légitimes ni même le capital; c'est là une sanction rigoureuse inspirée probablement par la nécessité de protéger d'une façon énergique les cultivateurs contre les exactions des créanciers ; les préambules des Novelles qne nous venons de citer noûs en donnent une preuve péremptoire.

Nous venons de voir que pour ce qui excède le taux légitime l'action est refusée au créancier et non seulement ces intérêts ne peuvent être réclamés, mais ils ne sont même pas dus naturellement; de ce principe découlent plusieurs conséquences très-importantes.

D'abord une obligation de ce genre ne pourra pas être garantie par des fidéjusseurs; il en résultera que s'ils viennent à être poursuivis par le créancier, ils pourront repousser victorieusement son action comme le ferait le débiteur principal. C'est la solution qne nous donne la loi 20 au Code *de usuris* liv, IV, titre 32: elle suppose

1. L. 20, D. de usuris, (XXII, 1),

que des mandataires ou des fidéjusseurs ont été actionnés en justice et elle nous dit qu'ils pourront invoquer les constitutions impériales qui défendent de prêter audessus d'un certain taux.

Une seconde conséquence du principe est relative au gage qui garantit une créance d'intérêts illégitimes ; la loi 19, au Code, *mandati* (IV, 35), nous apprend qu'il ne peut être retenu pour le montant des intérêts qui excèdent le taux légal. Voici l'espèce : une personne a donné à une autre mandat de vendre différents objets et il a été stipulé que le mandataire devrait les intérêts du prix de vente à un taux supérieur au maximum légal ; pour garantie de sa promesse, le mandataire a donné un gage ; le texte décide qu'alors même que le débiteur serait en demeure, il ne pourra être contraint à payer et que le gage ne pourra être retenu pour les intérêts qui dépassent le taux légal, il ne répondra que des intérêts légitimes. Si maintenant nous supposons qu'au lieu de constituer un gage, le débiteur a concédé une hypothèque, la solution sera exactement la même et la garantie donnée au créancier ne sera efficace que pour le montant de l'obligation contractée dans les limites autorisées par la loi.

Enfin si des intérêts ont été payés en violation des règles sur le taux de l'intérêt et l'anatocisme, la répétition en est admise sous certaines conditions. Il faut pour cela considérer quatre hypothèses différentes qui nous

sont indiquées dans un texte d'Ulpien qui forme au Digeste le *principium* de la loi 26 *de condictione indebiti* (XII, 6).

1er *Hypothèse.* — Le paiement des intérêts usuraires a eu lieu avant le remboursement du capital; ici la répétition n'est pas admise, non parce que le débiteur n'a pas payé l'indû, mais parce que la dette du principal existant encore, il est plus naturel d'imputer les intérêts ainsi indûment payés sur le principal ; le système contraire aurait donné lieu à des complications inutiles ; le débiteur se serait fait d'abord rembourser par le créancier la somme donnant lieu à la répétition, puis il aurait dû la lui remettre plus tard lors du remboursement du capital ; il était bien plus simple de faire le calcul tout de suite.

2e *Hypothèse.* — Le paiement des intérêts usuraires a eu lieu avant le remboursement du capital, puis quelque temps après le débiteur a rendu le capital ; mais au lieu d'en déduire comme dans l'espèce précédente le montant des intérêts indûment payés, il l'a remboursé intégralement. Dans ce cas le seul moyen d'indemniser le débiteur est de lui accorder la répétition comme s'il avait payé un capital indû ; cette décision se motive par la considération suivante à savoir que par suite du paiement des intérêts au-dessus du taux légal, le principal aurait dû être diminué d'autant et qu'en le remboursant intégralement dans la suite le débiteur a payé l'indû.

3° *Hypothèse*. — Le paiement des intérêts illicites a eu lieu en même temps que le remboursement du capital : ici le jurisconsulte nous dit qu'il y aura lieu à répétition.

Enfin 4° et dernière hypothèse, — Le paiement du capital a eu lieu après le paiement des intérêts. Cette hypothèse est de beaucoup la plus délicate ; le texte nous dit que dans ce cas la répétition est admise comme lorsque le principal a été payé indûment, mais cette solution ne fut pas admise sans difficulté et un texte qui forme au Code de la loi 18 *de usuris* (IV, 32) nous montre qu'il y avait eu doute à ce sujet.

Voici en effet ce que dit l'empereur Philippe dans son rescrit : après un mûr examen et pour mettre fin à une controverse de l'ancien droit, il a été décidé que des intérêts indus, quoique non payés avant le principal et n'ayant par conséquent pas pu le diminuer, pourraient être répétés. Le texte ne parle que d'intérêts payés avant le principal, mais il faut ajouter « ou en même temps », car nous avons vu dans le texte d'Ulpien, que dans ce cas comme dans l'autre, la répétition était admise ; la controverse n'existait véritablement que sur la question de savoir si les intérêts payés après le principal pouvaient être sujets à répétition, et sur ce point particulier le rescrit de l'empereur Philippe nous donne des explications que nous ne trouvons pas dans la loi 26 d'Ulpien ; il nous montre que les anciens jurisconsultes étaient d'accord sur la question de l'imputation des intérêts indûment

payés mais non sur celle de leur répétition : certains esprits pensaient que lorsque les intérêts avaient été payés après le principal et qu'il ne pouvait par conséquent y avoir lieu à imputation sur ce principal, la répétition ne pouvait pas non plus être admise parce que, quoique payés indûment, ces intérêts n'avaient pas été acquittés sans cause. D'autres ne s'en tenant pas à la rigueur des principes admettaient la répétition même dans ce cas ; c'est cette dernière opinion que l'empereur Philippe fit triompher.

Telles sont les différentes distinctions suivant lesquelles la répétition peut avoir lieu. Il nous reste à examiner une question fort importante : la répétition supposait-elle une erreur ? A ne considérer que les textes, l'affirmative ne semble pas douteuse ; nous voyons en effet que dans les cas où la répétition peut s'exercer, le débiteur qui a payé des intérêts indus agit par la *condictio indebiti;* le texte d'Ulpien que nous avons précédemment étudié est placé sous le titre de *condictione indebiti* ; or cette *condictio* suppose que le paiement a eu lieu par erreur ; au surplus, un texte de Paul (1), vient confirmer cette assertion : il nous dit, en effet, que les intérêts qui excèdent le taux légal peuvent être répétés quand ils ont été payés *par erreur*. Il semble donc qu'aucun doute ne puisse se produire à ce sujet et que l'erreur du *tradens* soit une

1. Pauli sentent. liv. II, 14 § 4.

condition nécessaire de l'exercice de l'action ; remarquons même que ce serait au *tradens* à prouver l'erreur ; elle ne se présumerait pas car elle porte sur le droit et les lois sont réputées connues.

Cependant il faut avouer que cette solution n'est pas d'accord avec les véritables principes ; en effet, nous sommes ici en présence d'une *condictio indebiti* d'une espèce particulière, en présence d'une *condictio ob injustam causam* ; non seulement le débiteur a payé l'indû, mais il a payé en violation des règles édictées par le législateur ; or une telle action ne suppose pas, pour pouvoir être excercée, une erreur du *tradens*.

Il est donc probable que dans le droit classique la répétition pouvait être exercée sans qu'il y eût erreur et c'est sans doute par suite d'une altération du texte de Paul que la solution contraire a été admise dans le droit du Bas Empire.

Disons pour terminer que tout ce que nous avons dit, relativement à la répétition, s'applique au cas où des intérêts ont été payés en violation des règles sur la *computatio dupli* ; c'est la solution qui est consacrée dans le paragraphe 1er de la loi 26 au Digeste, *de condictione indebiti* (XII, 6).

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE SUR LA COMMUNAUTÉ AGRAIRE

PRINCIPALEMENT EN ALGÉRIE

INTRODUCTION

Avant d'étudier spécialement le régime de la communauté agraire en Algérie, nous nous proposons d'examiner, en nous plaçant à un point de vue général, les origines de la communauté agraire, sa raison d'être, l'état de civilisation auquel elle correspond ; nous ferons une comparaison entre les conséquences économiques de la propriété collective du sol et celles de la propriété individuelle et nous nous demanderons si l'évolution progressive qui semble transformer presque partout la communauté agraire en propriété individuelle est un mouvement qui s'accentuera dans l'avenir ou s'il doit s'arrêter et nous préparer un prochain retour en arrière.

Nous jetterons ensuite un rapide coup d'œil sur les différents types de communauté agraire que nous fait connaître l'histoire ancienne et contemporaine, puis

nous aborderons ce qui fait le principal objet de ce travail, la communauté agraire en Algérie.

Nous plaçant à un point de vue historique, nous examinerons quel était l'état de la propriété foncière dans cette partie de l'Afrique au moment de la conquête française, puis nous étudierons les efforts qui ont été tentés par la législation et l'administration métropolitaine pour préparer la transformation de la communauté agraire en propriété individuelle ; nous nous demanderons enfin si le but proposé a été atteint et s'il ne serait pas possible d'introduire certaines améliorations dans la voie suivie jusqu'à présent.

CHAPITRE PREMIER

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Avant de se présenter sous la forme de propriété individuelle la propriété se présente sous quatre formes principales qui sont : 1° la communauté avec indivision ; 2° la communauté avec lotissement périodique ; 3° la propriété de la famille patriarcale et 4° la propriété féodale ou régalienne. Ce sont là les quatre étapes qu'il faut franchir avant d'arriver à la constitution de la propriété individuelle ; toutefois il arrive souvent que la propriété ne traverse pas ces quatre étapes et qu'elle se trouve constituée en propriété individuelle après une ou deux transformations seulement. C'est ainsi que la propriété patriarcale et la propriété féodale ou régalienne ne se retrouvent pas dans l'histoire de toutes les civilisations ; au contraire on peut affirmer que chez tous les peuples l'appropriation primitive du sol a revêtu la forme de la communauté agraire soit avec indivision soit avec lotissement périodique. M. Fustel de Coulanges a soutenu que la propriété collective de la tribu ne se rencontrait pas

dans l'histoire de Rome (1) et qu'à Sparte le sol, loin d'être propriété commune comme on le croit généralement, était concentré dans un petit nombre de mains (2), mais il est plus probable, ainsi que l'explique M. Viollet dans sa dissertation sur le caractère collectif des premières propriétés immobilières, que toutes les peuplades primitives ont passé par le régime de la propriété collective du sol et que Rome et Sparte n'ont pas fait exception à cette règle. La copropriété de la terre est en effet un régime parfaitement en harmonie avec la constitution des sociétés primitives; dans ces tribus encore barbares, constituées sur une base essentiellement démocratique, les inégalités sociales ne sont pas encore apparues et la communauté de terre contribue puissamment à maintenir l'égalité et l'union entre les membre de la tribu en leur assurant à tous une portion de terrain à cultiver, c'est-à-dire un instrument de travail; en second lieu, au début de toute civilisation, la terre se présente en quantité pour ainsi dire illimitée; la population est très peu dense et il n'est pas nécessaire de pratiquer la culture intensive telle que nous la comprenons de nos jours; une culture purement extensive suffit amplement à procurer une alimentation en rapport avec les besoins de la population; d'ailleurs l'existence de ces peuplades est la plupart du temps nomade; le sol qu'elles occupent

1. Cité antique, p. 63.
2. Comptes rendus, Acad. sc. nov. et déc. 1879.

aujourd'hui, peut-être l'abandonneront-elles demain; dans ces conditions il est bien inutile de procéder à un partage entre les membres de la tribu, il est plus naturel que la communauté soit propriétaire du sol.

Mais bientôt les conditions d'existence ne sont plus les mêmes; la population est devenue plus dense et il est nécessaire d'obtenir de la terre une nourriture plus abondante; or, pour nourrir une population plus compacte il faut plus de travail, et pour obtenir plus de travail il faut faire appel non plus au mobile de l'intérêt général mais à celui de l'intérêt particulier, c'est-à-dire au principe : à chacun suivant ses œuvres. C'est alors que commence l'évolution vers la propriété individuelle ; il est vrai qu'on ne passe pas immédiatement et sans transition de la propriété collective et de l'exploitation de la terre en commun au régime de la propriété individuelle. Il y a plusieurs étapes à franchir et ce n'est ordinairement qu'au bout de plusieurs siècles qu'on arrive à la forme de propriété aujourd'hui en usage dans la presque totalité du monde civilisé.

D'abord la terre est divisée en plusieurs lots qui sont répartis par voie de tirage au sort entre les différentes familles et l'usage temporaire seul est concédé à l'individu ; au bout d'un certain nombre d'années, par une sorte de roulement, le fonds fait retour à la propriété collective et est l'objet d'un nouveau partage. Ce système a été appliqué au temps de Tacite dans la tribu germanique et est encore à notre époque celui du mir russe.

Une seconde étape nous conduit à la propriété familiale, sans retour à la propriété collective, c'est-à-dire que la terre reste la propriété de groupes de familles patriarcales, espèces d'association où le travail et le gain sont mis en commun ; c'est le système que nous voyons en vigueur en France dans les communautés taisibles au moyen-âge, en Italie et de nos jours encore en Serbie.

Puis petit à petit la marche vers la propriété individuelle s'accentue ; elle est d'abord entravée dans son développement par des droits féodaux et des droits de famille tels que retraits lignagers et autres ; elle finit enfin par s'en affranchir et devient individuelle et héréditaire.

Une des causes qui ont contribué le plus puissamment à la transformation de la propriété collective en propriété individuelle est incontestablement la tendance qui a poussé les peuples civilisés vers l'individualisme ; on peut dire que le développement de la propriété telle que nous la comprenons de nos jours et celui de l'individualisme ont été intimement liés ensemble et ont suivi une route parallèle.

Au début d'une société, l'État est tout, l'individu n'est rien et sa personnalité est absorbée par la collectivité ; aussi la terre appartient à l'État qui est alors la tribu, le clan ; un peu après, l'individu s'émancipe ou du moins la famille, c'est-à-dire un groupe d'individus plus restreint que l'État, se crée une existence à part et quelque peu in-

dépendante ; c'est alors que nous voyons la terre partagée par voie de tirage au sort et les lots attribués aux différentes familles. Puis l'individu est complètement émancipé et devient l'unité économique, autrefois représentée par l'État et ensuite par la famille ; au lieu d'un pouvoir d'autorité, le père de famille n'exerce plus qu'un pouvoir de protection ; enfin les pouvoirs de l'État sont limités à certaines fonctions sociales que l'individu ne peut exercer, telles que la défense du territoire, la police, etc.; à cet état social, qui est actuellement celui de la plupart des nations civilisées, correspond la propriété individuelle affranchie des droits régaliens. Cette influence de l'individualisme sur la transformation de la propriété collective en propriété individuelle est chose tellement contraire, que chez les peuples où l'individu n'est pas encore complètement émancipé et reste soumis à l'autorité soit de l'État représenté par la tribu, soit de la famille, la propriété est demeurée collective ; nous pouvons citer comme exemples la Russie et les tribus arabes.

Telles sont les différentes causes qui ont le plus puissamment contribué à l'établissement de la propriété telle que nous la concevons de nos jours. Il nous reste à examiner la question de savoir si la société s'est engagée dans la bonne voie et si l'avenir ne nous ménage pas un retour vers la propriété collective du sol.

M. de Laveleye, dans son ouvrage : *De la propriété et de ses formes primitives*, pense que cette suppression pres-

que complète de la communauté agraire dans nos sociétés européennes est un grand mal et constitue un danger pour la paix publique ; aussi conseille-t-il aux nouvelles sociétés en voie de formation dans les colonies d'adopter un régime de propriété foncière plus capable d'éviter le prolétariat qui, à son avis, est la conséquence fatale du régime économique sous lequel nous vivons ; selon lui, la transformation de la propriété collective du sol en propriété individuelle a été la conséquence soit de la conquête, soit de la féodalité et de l'oppression de la classe la plus nombreuse de la société par un petit nombre de privilégiés ; chez les peuples qui, au contraire, ont vu l'intégrité de leur territoire respectée et n'ont jamais subi le joug d'une aristocratie oppressive, l'ancien régime de propriété s'est maintenu tel qu'il existait autrefois, et à l'appui de son opinion, M. de Laveleye cite la Suisse où les institutions démocratiques des sociétés primitives sont toujours demeurées en vigueur et où, en effet, le système de propriété collective du sol s'est maintenu jusqu'à nos jours sur une grande partie du territoire.

Que la conquête et la féodalité aient eu une grande influence sur l'établissement de la propriété individuelle, cela est incontestable, mais elles n'en sont pas l'unique cause et la propriété collective n'aurait pas moins disparu en l'absence de la conquête et de la féodalité ; elles n'ont fait pour ainsi dire que brusquer le cours normal des choses et nous en donnerons pour preuve l'exemple

même de la Suisse qui, malgré des institutions très favorables au maintien de la propriété collective, a vu dans certaines parties de son territoire l'ancienne propriété collective transformée en propriété individuelle. La véritable cause de cette évolution doit être, à notre avis, recherchée non pas dans la conquête et la féodalité, mais comme nous l'avons déjà dit, dans une nécessité sociale qui fait que partout où la population devient dense, il faut, pour la nourrir, faire appel à l intérêt individuel qui est le meilleur stimulant au travail, et dans la tendance qui a poussé nos sociétés modernes vers l'individualisme.

Le socialisme contemporain s'élève avec une grande véhémence contre l'individualisme actuel et ce puissant excitant au travail que nous avons désigné sous le nom d'intérêt personnel et qu'il appelle égoïsme ; à l'intérêt particulier, il faut, disent les partisans de cette doctrine, substituer l'intérêt général,à la propriété individuelle, la propriété collective ; l'individu, avec le système actuel, est isolé et sans force ; cet état de choses engendre l'anarchie dans l'industrie et dans l'agriculture, le morcellement à l'infini de la terre, l'impossibilité de pratiquer l'agriculture en grand, le prolétariat et la misère ; il faut donc reconstituer une force collective capable d'enrayer le progrès du mal, et cette force c'est l'État ; en créant la propriété individuelle, les sociétés se seraient donc, d'après ce système, engagées dans une mau-

vaise voie d'où il faudrait sortir au plus vite en faisant retour vers la propriété collective du sol.

D'autres économistes, sans désirer comme les socialistes absorber l'individu dans l'État, voudraient voir la famille constituée plus fortement qu'elle ne l'est aujourd'hui et ses différents membres groupés autour d'un chef qui conserverait les traditions et une sorte d'autorité domestique; il y aurait une sorte de communauté d'existence sous l'autorité du père, ou à son décès du fils aîné seul héritier et qui aurait par contre à subvenir aux besoins de ses frères et sœurs. C'est là l'idéal de la famille souche, préconisé par M. Le Play par opposition à la famille dite instable qui est actuellement le type de la famille créé par la plupart de nos institutions modernes. Avec un pareil système, il est évident que sans retourner à la propriété collective de l'État, comme on y va directement avec le socialisme, on arrive à la constitution d'une sorte de propriété patriarcale sans lotissement périodique assez semblable à celle qui existait jadis à Rome.

Ces théories ont toutes deux le défaut de méconnaître la véritable cause qui a donné naissance à l'établissement de la propriété individuelle, et qui est la nécessité de nourrir une population sans cesse grandissante. Que la propriété collective corresponde à un idéal de justice plus parfait que le régime adopté aujourd'hui, nous ne le contestons pas; ce que nous nions, c'est qu'en substituant le mobile de l'intérêt général à celui de l'intérêt

particulier et au sentiment de la responsabilité personnelle, l'agriculture puisse donner les résultats qu'elle donne avec le régime de la propriété individuelle. En Russie, où existe la propriété collective avec lotissement périodique, le sol est appauvri par une exploitation imprévoyante; nul progrès dans la science agricole qui en est restée aux procédés rudimentaires d'il y a deux mille ans. L'agriculture intensive y est impraticable, car elle suppose des dépenses de travail et d'argent assez considérables qu'on ne fera pas sur une terre qu'on n'est pas assuré de conserver. Aussi voyons-nous partout en Europe le déclin des communautés agraires. Dans les pays germaniques, en Hollande, en Suisse même, les terres autrefois communes entrent petit à petit dans le domaine de la propriété privée. Dans l'Inde, la communauté primitive n'existe plus que dans quelques parties reculées du pays.

A défaut d'une culture perfectionnée, le régime de la communauté agraire met-il obstacle au prolétariat et garantit-il à chacun la possibilité d'exploiter une parcelle de terrain ?

C'est là, notamment au dire de M. de Laveleye, un des grands avantages de ce système ; mais il faut remarquer que ce résultat ne peut se produire que lorsque la population n'est pas compacte, mais à mesure qu'elle se développe, il devient impossible, par suite du manque d'espace, de donner à chacun une parcelle de terrain qui puisse subvenir à sa subsistance.

Enfin la propriété collective favorise-t-elle l'exploitation en grand du sol et s'oppose-t-elle au morcellement excessif et à la division à l'infini du sol, qui, au dire de certains économistes, est un danger pour l'agriculture ? Sans examiner ici la question de savoir quel est le meilleur mode d'exploitation du sol, de la grande ou de la petite culture, ce qui serait sortir de notre sujet, nous ferons observer que le régime de la propriété individuelle ne met pas nécessairement obstacle à l'exploitation en grand du sol ; le morcellement de la terre est bien plutôt une conséquence du système des successions établi par la loi, et la meilleure preuve qu'on en puisse donner consiste dans la comparaison entre la France et l'Angleterre, tous deux pays où la propriété individuelle est en vigueur et où cependant, dans l'une la propriété foncière est morcelée à l'infini, tandis qu'elle est dans l'autre concentrée dans un petit nombre de mains. Quoi qu'il en soit sur cette question, il n'est pas prouvé que la propriété collective avec lotissement périodique fasse obstacle au morcellement excessif du sol. Par suite de l'accroissement de la population et des partages, la terre finit forcément par être divisée à l'infini et par tomber en poussière.

Ainsi donc : 1° impossibilité de pratiquer la culture intensive et par suite de subvenir aux besoins d'une population toujours croissante ; 2° impossibilité de fournir à chaque individu ou à chaque famille une parcelle de terrain, et par suite impossibilité de porter remède au

prolétariat ; 3° impossibilité de mettre obstacle au morcellement du sol ; tels sont les résultats produits par le communisme agraire et les raisons qui ont fait à travers les siècles transformer lentement *ùtilitatis causa* la propriété collective du sol en propriété individuelle et héréditaire qui, mettant en jeu le mobile de l'intérêt personnel et donnant au travailleur la certitude de conserver pour lui les produits de son travail et de ses efforts, est à même de subvenir à l'alimentation d'un grand nombre d'hommes.

Telle est l'évolution historique de la propriété, amenée par des causes pour ainsi dire fatales ; vouloir par des systèmes construits *a priori* opérer un retour en arrière, c'est aller contre la logique inébranlable des choses et se mettre en contradiction avec les conditions économiques de notre état social actuel ; ainsi que le dit M. de Laveleye qui ici nous semble être quelque peu en contradiction avec lui-même, « l'histoire nous montre partout la pro-
« priété individuelle sortant de la collectivité primordiale ;
« je vois bien des groupes d'hommes qui sous l'empire de
« l'exaltation religieuse, mettent en commun tout ce qu'ils
« possèdent et renoncent à distinguer le tien du mien ;
« nulle part je ne découvre un peuple abolissant la pro-
« priété privée pour rétablir la communauté. »

Notre conclusion est donc que la propriété collective a eu sa raison d'être et correspondait logiquement à un état de civilisation peu avancée, mais que ce régime ne peut cadrer avec le système des sociétés modernes ; il doit être remplacé par le régime de la propriété individuelle

que s'il a le tort de constituer une sorte de monopole au profit de quelques privilégiés, donne au travail un stimulant qui ne saurait être remplacé par aucun autre moyen.

Ajoutons toutefois que pour éviter les inconvénients auxquels peut donner lieu ce genre de monopole, il faut que la propriété foncière soit accessible à tous et ne soit pas le partage exclusif d'une faible minorité ; bien loin au contraire de multiplier les empêchements qui défendent l'accès de la propriété territoriale, une bonne législation doit s'efforcer d'aplanir les difficultés qui empêchent d'y parvenir ; de cette façon on peut dire qu'il n'y a plus à proprement parler de monopole puisque chacun a la possibilité d'en profiter un jour.

Quant au morcellement excessif du sol qu'entraîne la participation d'un grand nombre de personnes au bénéfice de la propriété foncière, il n'est pas impossible d'y remédier par l'association ; de nos jours on essaye de reconstituer les anciennes communautés agraires sous une nouvelle forme, celle de sociétés coopératives ; en Angleterre et en Allemagne, notamment, plusieurs exploitations agricoles ont été établies sur ce principe ; cette combinaison a pour principaux avantages d'amener une conciliation entre le capital et le travail trop souvent en lutte et d'associer le petit propriétaire à la grande culture. Certes, de pareilles associations auront pour réussir de grandes difficultés à surmonter ; ce qui faisait la

force des anciennes communautés c'étaient les liens du sang, la tradition, l'autorité, toutes choses complètement disparues par suite des progrès de l'individualisme ; seule, la diffusion de l'instruction pourra, dans un avenir peut-être encore fort éloigné, arriver à donner de bons résultats.

Ces considérations générales terminées, nous allons passer rapidement en revue les principales communautés agraires que l'histoire nous fait connaître, puis après avoir étudié leur transformation progressive en propriété individuelle, nous passerons à l'étude du régime du communisme agraire en Algérie.

CHAPITRE II

§ 1.

MARK GERMANIQUE.

La communauté agraire avec partage périodique existait dans l'ancienne Germanie ainsi que nous pouvons nous en rendre compte par cette phrase de Tacite : *arva per annos mutant et superest ager*. Tout le territoire était propriété indivise du clan ; la propriété héréditaire ne s'appliquait qu'à la maison et à l'enclos y attenant ; c'était la terre salique, qui se transmettait par succession aux mâles, jamais aux femmes. Le territoire commun s'appelait mark ou allmend et comprenait des terres cultivées, des pâturages, des forêts et des vallées entières. Chaque famille avait droit à la jouissance temporaire d'une part dans chacune des divisions de la mark mais n'y exerçait aucun droit permanent et héréditaire. Sur la manière dont étaient réparties les terres, César nous dit que tous les ans les magistrats assignaient des parts de terrain aux clans et aux familles vivant en commun. Tacite nous apprend

que dans le partage on avait égard au nombre des cultivateurs et au rang des copartageants. Chaque habitant avait droit à une part assez grande pour le nourrir lui et sa famille; seuls les chefs avaient droit à une portion de terrain plus considérable. Les lots aussi nombreux que les co-partageants étaient tirés au sort; cet usage a persisté jusqu'à nos jours dans certains villages allemands et quelques localités de l'Ecosse.

Pour les Germains comme pour tous les peuples primitifs, le droit d'occuper une partie du sol était le complément de la liberté (1); l'homme libre avait le droit de pouvoir subsister de son travail et par conséquent il lui fallait une parcelle de terrain à cultiver. Refuser cette part à une nouvelle famille, c'eût été lui enlever les moyens d'existence.

La communauté de village avait pour fondement en Germanie comme du reste en Russie des liens de famille tenant d'une origine commune; elle exerçait un droit de domaine éminent; nul ne pouvait vendre à un étranger sans l'assentiment de ses différents membres.

Petit à petit cette communauté se transforma et s'écarta de son type primitif. Déjà du temps de Tacite l'égalité au sein des clans n'était plus aussi absolue que par le passé; quelques familles étaient plus riches que les autres et obtenaient dans le partage une portion plus grande. De toutes parts, à côté du territoire commun s'élevèrent des propriétés indépendantes, des seigneu-

1. M. de Laveleye, loc. cit.

ries et, par suite des empiétements de la royauté et de la féodalité, les petits domaines devinrent la proie des grands propriétaires ; l'habitude que prirent les petits propriétaires de céder aux seigneurs les terres qui leur étaient rendues à titre de censives contribua puisamment à rompre l'égalité primitive et à concentrer la propriété foncière en un petit nombre de mains.

Ce n'est guère que dans les provinces néerlandaises de la Frise et de la Drenthe et dans les cantons forestiers de la Suisse que le système de la mark put résister à la féodalisation.

Le système de la mark germanique s'introduisit aussi en Angleterre où il disparut par suite de la conquête et du triomphe de la féodalité. En Irlande, des communautés de village existaient encore sous Jacques I[er] et l'usage du run-ring existe encore et donne lieu à un tirage annuel des lots et parfois au labourage en commun.

En Flandre, dans l'Artois, certaines portions du territoire sont partagées entre les habitants ; en Norwège, dans certains districts le partage des terres par voie de tirage au sort existait encore au commencement de ce siècle et on y a mis fin en 1821 en frappant les terres partagées d'un double impôt foncier.

En Serbie où les anciennes institutions se sont maintenues jusqu'à nos jours, on retrouve le système du communisme agraire dans toute sa pureté, mais c'est surtout en Russie que l'application de ce régime offre des particularités intéressantes.

§ II

Le mir russe.

Dans la Grande Russie qui comprend 30 à 35 millions d'habitants, la terre qui n'appartient pas à la Couronne ou aux seigneurs est la propriété indivise de la communauté ; cette communauté forme une personne civile, elle est seule propriétaire du sol dont les individus n'ont que la jouissance temporaire; elle porte le nom de *mîr* quand elle est formée de l'ensemble des habitants d'un même village, celui de *volost* quand elle est formée de l'agglomération de plusieurs villages.

Autrefois le sol n'était pas partagé entre les habitants du village ; la terre était cultivée en commun et la récolte partagée entre les ayant-droit; puis le sol même fut l'objet d'un partage qui se renouvelait tantôt tous les trois ans, tantôt tous les six ans, quelquefois même tous les douze ou quinze ans. En principe, chaque mâle majeur a droit à une part égale des terres du mîr, mais son droit se borne à un droit de jouissance temporaire; il ne peut aliéner sa part. Seuls la maison (*izba*), le sol sur lequel elle est construite et le jardin y attenant peuvent être l'objet d'une propriété privée et héréditaire, encore cette propriété est-elle assez imparfaite, puisque la vente

faite à une personne étrangère au mîr est prohibée à moins que les habitants du mîr n'y donnent leur consentement.

Quant à la manière dont se fait le partage, il varie suivant les localités ; tantôt il se fait par tête, notamment dans les terres de la Couronne où l'espace ne manque pas, tantôt il se fait par couple marié.

L'existence collective du mîr russe n'a pas été battue en brèche par les lois d'émancipation : on peut même dire que la nouvelle organisation communale établie par l'ukase du 19 février 1861 lui a donné une nouvelle consécration car elle confirme le principe que la communauté est responsable de toutes les taxes dues à l'Etat.

Une innovation fort importante toutefois consiste en ce que les chefs de familles réunis en assemblée générale peuvent introduire la propriété individuelle à une majorité des deux tiers et mettre ainsi fin au régime de la communauté agraire. Mais les liens de famille sont encore si puissants chez les Slaves que les anciens usages ne se tranforment que lentement et par suite la propriété individuelle mettra beaucoup de temps avant de s'étendre sur la totalité du territoire.

Le système du mîr russe est préconisé par un certain nombre d'économistes qui lui trouvent une supériorité incontestable sur notre système de propriété individuelle ; nous allons résumer en quelques mots ces soit disant avantages : et d'abord, dit-on, le prolétariat n'existe pas

avec un pareil régime de propriété foncière, car chacun peut subsister en travaillant puisqu'on lui remet entre les mains un instrument de travail ; de cette façon, les enfants ne sont pas punis pour les fautes de leurs parents comme il arrive trop souvent avec le régime de la propriété individuelle ; à cela on peut répondre que loin d'éviter le prolétariat, ce système fait de tous les habitants du mîr des prolétaires, car le partage périodique empêche les améliorations que le possesseur temporaire se gardera bien d'exécuter puisqu'elles ne lui profiteraient pas et l'agriculture demeure à l'état rudimentaire ; d'ailleurs la Russie se trouve à l'heure actuelle dans une position exceptionnellement favorable pour pratiquer un régime fondé sur le principe du partage des terres entre les habitants; l'espace y est immense et la population peu compacte eu égard à l'étendue du territoire ; il est donc facile de donner à chacun une parcelle de terrain ; mais on ne peut espérer qu'il en sera toujours ainsi et avec l'accroissement de la population, on se heurtera à l'impossibilité de donner à chaque habitant une part du sol à cultiver.

Le second avantage que les partisans du mîr russe nous signalent, consiste en ce que le système de propriété foncière du village russe constitue une prime à l'accroissement de la population; en effet, chaque enfant qui naît donne droit à une nouvelle portion de terre; il y donc là un encouragement donné à la procréation des enfants;

remarquons d'abord que dans certaines circonstances, l'accroissement de la population peut devenir un danger lorsqu'il est en disproportion avec les moyens d'existence, et que d'ailleurs pour se rendre compte si la population d'un pays augmente ou diminue il ne suffit pas de considérer le nombre des naissances mais il faut tenir compte encore du nombre d'enfants qui survivent, or, sous ce rapport, la mortalité des enfants nouveau-nés est très grande en Russie, de sorte que l'accroissement de la population ne suit pas la progression que pourrait faire supposer le nombre des naissances. Du reste cette prétendue prime a l'immense inconvénient de conduire à l'immoralité, car pour l'obtenir on marie les enfants mâles lorsqu'ils sont encore en bas-âge et qu'ils sont manifestement impubères.

L'organisation du mîr russe offre donc, à notre avis, d'immenses inconvénients au point de vue de la prospérité de l'agriculture ; le seul avantage qu'il présente consiste dans le maintien des traditions et des liens de famille que fait naître la communauté d'existence.

§ III

Le communisme agraire à Java.

Un système de propriété foncière assez analogue à celui de la Russie existe à Java.

La propriété privée ne s'y rencontre que dans certains

cantons, le reste du territoire forme la propriété commune; la répartition des terres se fait par familles suivant des règles un peu différentes suivant les localités; de même qu'en Russie, la communauté du village est solidairement responsable de l'impôt vis-à-vis de l'État.

A maintes reprises, il a été question d'établir la propriété individuelle à Java; la population augmente dans ce pays d'une façon considérable; le doublement effectif se produit au bout de trente ans; par suite de cet accroissement les lots de terre attribués à chaque individu deviennent de plus en plus petits et il deviendra bientôt impossible de donner à chaque habitant la jouissance d'un coin de terre; il est donc évident qu'il faudra arriver au bout d'un temps plus ou moins long, à la constitution de la propriété individuelle.

§ IV

Les allmends de la Suisse.

En Suisse où les institutions démocratiques des sociétés primitives ont subsisté et n'ont pas eu à subir les atteintes de la féodalité, la communauté est propriétaire d'une grande partie du territoire et fournit à ses membres des moyens d'existence; le système primitif de l'allemend germanique y est encore en vigueur.

Pour avoir droit à une part de jouissance de ce domaine il ne suffit pas d'habiter le territoire ni même d'y exercer le droit de bourgeoisie politique, il faut descendre d'une famille qui avait ce droit au moins avant le commencement du XIX[e] siècle (1).

L'allmend se divise en trois partie distinctes, comme autrefois le mark germanique: la forêt, la prairie, et la terre cultivée. Le mode de jouissance diffère plus ou moins de commune à commune et suivant la nature des biens; ordinairement l'allmend est divisé en un grand nombre de petites parcelles qui forment autant de lots qu'il y a d'ayant-droit; on procède à un tirage au sort et l'usager jouit de sa part dix, vingt, trente ans ou sa vie durant suivant les coutume des différentes localités, puis tout est remis en commun et on procède à un nouveau lotissement; à la différence du mîr russe, l'allmend suisse est fort bien cultivé, ce qui tient probablement à ce que dans ce dernier pays l'instruction est fort répandue tandis qu'en Russie les populations agricoles sont encore plongées dans une complète ignorance.

M. de Laveleye, dans l'ouvrage que nous avons déjà cité, vante beaucoup le régime des allmends de la Suisse et il regrette beaucoup qu'en France notamment un régime analogue n'existe pas à l'heure actuelle. Les avantages de ce système sont, à son avis, politiques et économiques; il favorise au sein de la communauté l'appren-

1. M. de Laveleye, de la propr. et de ses formes primit.

tissage de la vie politique, intéresse chaque citoyen au maintien des lois et à la conservation de la propriété en rendant chacun propriétaire; enfin il retient les populations dans les campagnes en leur fournissant un instrument de travail et les empêche ainsi d'émigrer vers les villes.

Nous ne nions pas que le système de l'allmend-suisse ne produise d'excellents résultats, mais nous pensons que ce régime est singulièrement favorisé par le peu de densité de la population de ce pays et qu'au fur et à mesure de l'accroissement de cette population il est destiné à disparaître pour faire place à la propriété individuelle et héréditaire.

§ V

Le communisme agraire dans différents autres pays de l'Europe.

1. — *Les communaux en France.*

Les communes ont été et sont encore en France propriétaires d'une étendue considérable du territoire; de ces propriétés communales, les unes sont ou exploitées directement par la commune ou plus souvent affermées par elle; sur d'autres les habitants exercent collective-

ment un droit de jouissance en nature ; ce sont les communaux proprement dits.

En France il y avait des terres communales sous la domination romaine et cet état de choses subsista lors de l'invasion germanique. La féodalité chercha à restreindre le plus possible la propriété communale en usant des prérogatives du domaine éminent qu'elle prétendait avoir sur les territoires des communes et celle-ci durent plusieurs fois, pour résister aux empiètements de la noblesse avoir recours à la protection de la royauté qui saisit cette occasion pour abaisser la féodalité. Des témoignages nombreux nous attestent que dans notre ancienne France, la propriété communale était peu productive.

La Convention, hostile à l'indépendance des communes, ne cherche pas à conserver intact le patrimoine communal, et dans l'intention de créer une classe nombreuse de petits propriétaires attachés aux idées nouvelles, elle décréta par une loi du 14 août 1792, suivie d'une autre loi du 10 Juin 1793, le partage forcé de tous les biens communaux autres que les bois, entre les habitants de la commune. On espérait, en transformant le droit de jouissance du paysan en propriété incommutable, stimuler son initiative individuelle et l'amener à employer pour l'exploitation du sol, des procédés capables de donner des résultats meilleurs que ceux obtenus jusqu'àlors. Malheureusement ces prévisions ne se réalisèrent pas ; des spéculateurs achetèrent à

vil prix les parcelles de terre que les paysans avaient reçues dans le partage, de sorte que bien loin de devenir propriétaires comme on l'espérait, ceux-ci perdirent pour un prix dérisoire le droit de jouissance qu'ils avaient autrefois. Aussi une loi du 21 prairial an IV suspendit les opérations de partage des communaux. De nos jours encore les biens des communes occupent des étendues considérables; les bois appartenant aux communes comprennent plus de cent mille hectares et la contenance totale de tous les communaux atteint le chiffre de 4 millions 500 mille hectares, ce qui constitue la onzième partie du territoire français environ.

Une question très délicate et très controversée est celle de savoir si les biens de la commune sont la propriété indivise des habitants ou s'ils sont la propriété de la commune considérée comme personne morale, qui en cette qualité accorde aux habitants un droit de jouissance.

Aux termes de l'article 542 du Code civil, les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou de plusieurs communes ont un droit acquis; ce qui semblerait indiquer que la jouissance des communaux est un droit sur une chose indivise entre les habitants de la commune (*ut singuli*). Les conséquences de ce système seraient que les habitants auraient un droit permanent alors même qu'il cesseraient d'habiter dans la commune, et que chacun d'eux pourrait

exercer une action en justice à l'occasion des biens communaux.

Mais, à notre avis, telle n'est pas la doctrine qu'il faut admetre et nous croyons que les habitants considérés *ut singuli* n'ont aucun droit à la propriété des biens communaux ; c'est la commune qui doit être considérée comme propriétaire. Les rédacteurs du Code ont emprunté la rédaction de l'article 542 au législateur de 1793 qui pour justifier la mesure du partage des communaux entre les habitants avait été obligé de considérer la propriété elle-même comme reposant sur la tête des habitants ; mais il n'ont pas pris garde que les promoteurs de ce système n'avaient pas tiré du pricipe posé les conséquences logiques qui en découlaient, en exigeant notamment le tiers des voix pour opérer le partage tandis que s'il y avait eu réellement indivision, un seul habitant aurait pu exiger ce partage et l'attribution de sa part en propriété exclusive. Donc le système du législateur de 1793 n'était qu'un prétexte servant à justifier la mesure prise relativement au partage des biens communaux et en rédigeant l'article 542 le législateur de 1804 n'a pas fait attention qu'il donnait une définition dont le législateur de 1793 lui-même repoussait les conséquences.

Quel que soit le caractère juridique des communaux, on peut se demander si, en législation, il faut les maintenir ou au contraire les supprimer. Sur cette question les avis sont très-partagés ; les uns, au nombre desquels

figurent MM. Le Playe et de Laveleye se prononcent dans le sens du maintien des communaux et s'opposent au partage de ces biens ; ils voient dans le droit de jouissance accordé aux habitants des ressources précieuses pour la partie pauvre de la population, et un obstacle très puissant à la dépopulation des campagnes dont on se plaint si vivement aujourd'hui ; les autres, frappés de la la mauvaise administration et du peu de productivité des bien communaux voudrait transformer cette propriété commune en propriété individuelle et donner ainsi un stimulant à l'initiative privée ; mais pour arriver à ce résultat, le partage entre les habitants ne serait pas toujours le meilleur moyen à employer à cause de l'insuffisance des capitaux dont disposent les classes agricoles ; il serait souvent préférable d'avoir recours à la mise en adjudication du fermage ou d'une jouissance emphytéotique.

Le seul cas où, à notre avis, il serait utile de maintenir les communaux, est celui où il s'agit de propriétés forestières : le régime de la propriété collective appliqué à cette sorte de biens ne donne pas de mauvais résultats au point de vue de la production et, en tout cas, il assure mieux que le régime de la propriété privée, la conservation de ce genre de richesses.

II.

En Belgique, il y avait aussi un patrimoine commun ;

il disparut d'assez bonne heure dans les provinces occidentales de ce pays, mais il se maintint dans la région des Ardennes notamment, jusqu'en 1847, époque à laquelle une loi du 25 mars 1847 autorisa le gouvernement à faire vendre les communaux non exploités quand la concession en était demandée par les particuliers. Par suite de l'application de ce système il ne reste plus guère en Belgique que 100 mille hectares de communaux.

Nous assistons donc de nos jours à une transformation progressive du communisme agraire en propriété individuelle. L'exemple de l'Algérie va nous fournir une autre preuve de cette tendance universelle.

CHAPITRE II.

LE COMMUNISME AGRAIRE EN ALGÉRIE

I. — Au temps de la conquête romaine, l'Algérie était un pays si fertile qu'elle était considérée comme un des greniers de Rome et que les empereurs comptaient sur ses récoltes pour nourrir le peuple romain. La chute de l'Empire et l'invasion des barbares ne portèrent pas atteinte à sa fécondité puisque lors de l'envahissement du Nord de l'Afrique par les Arabes, les conquérants furent tellement frappés de sa luxuriante verdure qu'ils appelèrent cette contrée du nom significatif de El Khadra (la verdoyante).

A l'époque de la conquête mahométane, le peuple indigène était les Berbères, descendants des colons romains qui pratiquaient le régime de la propriété individuelle.

La conquête arabe ne changea rien à cet état de choses si ce n'est qu'au lieu d'avoir la propriété complète et libre de toute suzeraineté, les vaincus durent reconnaître le domaine éminent de l'Etat musulman, car d'après les idées musulmanes, la terre appartient au souverain. Le tribut payé par le peuple soumis fut le signe de recon-

8

naissance de ce domaine éminent de sorte que l'ancienne propriété se trouva transformée en une sorte de jouissance perpétuelle et héréditaire. Quoi qu'il en soit, droit de propriété ou de jouissance perpétuelle, chaque fonds de terre est en Kabylie entre les mains d'un seul habitant qui en recueille les fruits pour son compte exclusif, vend, échange, loue et hypothèque comme il l'entend son petit domaine et peut le transmettre à ses enfants. Les parcelles de terre sont délimitées d'une façon certaine, ordinairement par des haies et les titres de propriété y sont bien en règle.

Chez les Arabes au contraire, au domaine éminent qui est le signe de la suzeraineté sur tout territoire occupé par des musulmans vint se joindre un régime de communisme agraire assez analogue à celui que pratiquaient les Germains du temps de Tacite et cet état s'est perpétué jusqu'à nos jours, tandis qu'en Allemagne il s'est presque complètement transformé en propriété individuelle.

Chez ce peuple nomade, la propriété telle que nous la concevons n'existe guère que dans les villes ; partout ailleurs ce n'est pas l'individu qui est propriétaire mais bien le douar, c'est-à-dire une sorte de clan constitué par l'agglomération d'individus vivant sous des tentes. Tantôt les terres sont annuellement réparties par les cheiks entre les différentes familles, tantôt elles sont délivrées sans qu'il y ait lieu à un lotissement périodique. La part d'une famille reste indivise entre les ayant droit ; la

terre est cultivée et les produits sont partagés en commun ; chaque part n'est pas inaliénable et peut être l'objet d'une vente, mais ce droit d'aliénation peut être paralysé par la faculté accordée aux autres membres de la communauté d'exercer le droit de *cheffâ*, institution analogue au retrait limgager de notre ancien droit coutumier et qui consiste à reprendre la chose vendue en restituant le prix. Nous retrouvons là une institution commune à toutes les communautés de village.

Si nous comparons les résultats produits par ces deux régimes de propriété foncière, nous n'aurons pas de peine à nous convaincre de la supériorité de la propriété individuelle au point de vue de la mise en culture des terres.

Chez les Berbères ou Kabyles berbérisants le sol a l'aspect d'un jardin verdoyant ; par la richesse de ses productions, la terre rappelle les domaines les mieux cultivés de l'Europe (1) ; c'est que le Kabyle travaille avec cette pensée qu'il est propriétaire incommutable et qu'il n'aura pas à partager avec d'autres le produit de son intelligence et de ses efforts.

Si au contraire on jette les yeux sur les domaines qui se trouvent entre les mains des Arabes ou Berbères arabisés, le regard est tristement frappé par l'aspect de broussailles, de rares champs d'orge et de blé et d'immenses espaces livrés aux troupeaux ; la dixième partie

1. Garsonnet, Histoire des locations perpétuelles, page 627.

du sol cultivable est laissée en friche et présente un aspect désolé. Aussi dans la famine de 1867, alors que 500 milles indigènes, plus du cinquième de la population totale ont péri dans les tribus arabes, personne n'est mort de faim en Kabylie (1).

C'est en présence de cette situation que se trouva le Gouvernement français lors de la conquête de l'Algérie et depuis cette époque les divers régimes politiques qui se sont succédé se sont efforcés d'y remédier en cherchant à transformer progressivement ce communisme agraire avec lequel tout progrès agricole dans notre colonie se trouve fatalement entravé, en propriété individuelle. C'était là une œuvre qui présentait de grandes difficultés; on sait combien les musulmans sont attachés à leurs coutumes et à leurs traditions, combien ils sont nourris dans la haine des usages des chrétiens ; il fallait donc craindre de froisser ce peuple fanatique, encore remuant et toujours prêt à la révolte ; c'est ce qui fait que cette œuvre si patiemment entreprise est bien loin encore d'être achevée. L'histoire des documents législatifs de 1830 jusqu'à l'époque actuelle va nous montrer les efforts tentés dans ce but et les difficultés qu'il reste à surmonter.

II. — Lorsqu'un pays a été conquis par les armes, on se trouve en présence de trois partis à prendre : ou exter-

1. Garsonnet, Histoire des locations perpétuelles, page 627.

miner entièrement la race vaincue et appeler des colons venus du dehors à qui l'on concède ou l'on vend les terres conquises, ou laisser aux indigènes leurs propriétés tout en se réservant une partie du territoire destiné à être livré à des colons afin de mêler à l'élément indigène l'élément colonisateur, ou bien en troisième lieu, ne pas faire appel à la colonisation et abandonner aux indigènes la possession du sol tout entier sous la surveillance et l'autorité de la métropole.

C'était entre ces trois systèmes qu'il fallait opter lors de la conquête de l'Algérie ; le premier n'est nullement dans les habitudes françaises ; du reste son application eût été paralysée par le respect que l'on doit aux traités ; la capitulation d'Alger portait en effet que les propriétés des indigènes seraient respectées et les différents amans accordés par nos généraux aux tribus lors de leur soumission sont conçus à peu près dans le même esprit.

Restait donc à opter entre le système de la colonisation concurremment avec l'occupation d'une partie du territoire par les indigènes et le système de la création d'une sorte de royaume arabe avec exclusion sinon complète, du moins presque totale d'une colonisation européenne.

Jusqu'en 1863, ce fut le premier système qui prévalut ; nous verrons au contraire que sous le second empire les idées du gouvernement furent assez favorables à la formation d'un royaume arabe ; à l'époque actuelle on en est revenu aux premiers errements qui, tant au point de

vue politique qu'au point de vue de la prospérité matérielle de notre colonie semble devoir donner les meilleurs résultats.

Etant donné qu'après 1830 on adoptait le système de la colonisation concurremment avec l'occupation du sol laissé en grande partie aux indigènes, restait à trouver des terres pour les colons et cela sans porter atteinte aux droits de la population vaincue dont on respectait les propriétés ; rien n'était alors plus facile que de constituer la propriété individuelle sur les territoires ainsi livrés à la colonisation.

Pour résoudre ce problème, il importait de rechercher quelles étaient les parties du sol algérien dont le gouvernement français pouvait disposer ; quelles étaient au contraire celles auxquelles il lui était interdit de toucher et pour cela il fallait examiner quels étaient, d'après la législation musulmane, les droits des indigènes sur le sol de l'Algérie. Ce travail présentait de très grandes difficultés, car la législation musulmane offre sur ces questions un ensemble de règles assez obscures et souvent contradictoires, et dans les diverses décisions qui ont été soumise à la Cour d'Alger, celle-ci n'a pas toujours pu faire la lumière. Nous allons essayer d'esquisser rapidement les principaux traits de cette législation en nous servant du livre de Sidi Khalil, jurisconsulte musulman, traduit par ordre du gouvernement français.

Le Coran est pour les musulmans non seulement la source de la religion, mais encore celle du droit tout entier et particulièrement du droit privé. Or le Coran dit que, dans tous les cas d'acquisition d'un pays par les armes musulmanes, le sol appartient tout entier à Dieu et au sultan, son représentant; celui-ci doit faire *wakf* ou *habous* dans l'intérêt de la communauté les territoires propres à la culture et les donner en location ou les concéder à titre précaire à charge d'entretien, mais jamais ces immeubles ne peuvent faire l'objet d'une aliénation. Ne sont pas assujettis à cette règle les terrains nus ou morts, c'est-à-dire impropres à la culture qui peuvent devenir propriété privée par la vivication si elle a été autorisée par le sultan ; cette vivication consiste en travaux qui rendent apte à la culture une terre qui ne l'était pas. Trois millions d'hectares de terre ont été ainsi vivifiés dans le Sahara algérien et sont par conséquent devenus propriété privée au sens français du mot.

Voici les conséquences que le gouvernement français aurait pu tirer des principes de la législation musulmane telle que nous venons de l'exposer. Le gouvernement français ayant succédé à celui du sultan, se trouvait investi de tous ses droits sur le sol algérien, c'est-à-dire seul et unique propriétaire; les indigènes auraient pu n'être considérés que comme des détenteurs de la terre à titre purement précaire et le gouvernement aurait pu la leur retirer suivant son bon plaisir, en vertu d'un droit

supérieur de suzeraineté, sauf l'exception qui a été signalée relativement aux terres vivifiées.

Il est vrai de dire que le système de la législation musulmane tel que nous avons essayé de le faire connaître a été combattu par des interprètes fort autorisés, tels que M. le maréchal Bugeaud dans son rapport sur les moyens d'affermir et d'utiliser la conquête d'Algérie et M. Ducaurroy. Leur opinion peut se résumer ainsi : il est inexact, disent-ils, de prétendre que d'après le droit musulman, la terre conquise ne puisse être susceptible de propriété privée affranchie du domaine éminent et ne puisse être détenue qu'à titre précaire. Quand le Coran dit que la terre appartient à Dieu, il exprime plutôt une vérité religieuse qu'une règle de droit, et ce précepte ne doit être appliqué que vis-à-vis des territoires conquis par les armes qui deviennent grevés de substitution au profit de la communauté musulmane (*beled el islam*) et sur lesquels le dey ne peut accorder qu'un droit de jouissance inaliénable et révocable à son gré ; mais quant aux terres partagées entre les vainqueurs ou laissées aux vaincus qui ont embrassé l'islamisme, il faut examiner de quelle façon elles ont été concédées.

Ou bien la tribu concessionnaire est fermière des biens du beylik ; ce sont alors des terres nommées *azels* et la tribu doit en payer la rente.

Ou bien le douar a sur les biens du beylik un simple droit de joussance, soit que telle ait été la condition de

la concession originaire, soit que le gouvernement turc ait autrefois confisqué le domaine direct en laissant aux vaincus la jouissance du sol. Ces territoires prennent le nom d'*arch* et leurs détenteurs payent un tribut soit en service militaire, soit en argent et qui est le signe de la reconnaissance de la suzeraineté exercée par le sultan. Ce droit de jouissance est personnel et inaliénable.

Ou bien enfin le dey peut avoir coucédé ou vendu à prix d'argent un territoire à titre irrévocable, et dans ce cas la terre prend le nom de *melk ;* les terres melk ont deux origines différentes : l'une romaine, qui est la possession traditionnelle des Berbères ou Kabyles, descendants des colons romains, conservée aux vaincus moyennant le paiement d'un tribut; l'autre purement musulmane, qui consiste dans une cession à titre irrévocable faite par le bey, aliénable et transmissible et qui ressemble du tout au tout à notre propriété française affranchie du domaine éminent.

En résumé donc, d'après ce système, les pouvoirs du dey seraient bien distincts suivant qu'ils porteraient sur les biens habous, c'est-à-dire grevés de substitution au profit de la communauté musulmane (sur ceux-ci, il ne pourrait accorder qu'un droit de jouissance personnel et inaliénable) ou sur les autres biens ; sur ceux-là, son droit de disposition serait bien plus grand ; il pourrait ou bien les affermer et les concéder à titre précaire comme les précédents, mais même les concéder à titre irrévoca-

ble, en faire des territoires melk. Le gouvernement français, son successeur, serait donc, d'après cette théorie, obligé de respecter ces titres de concession et n'aurait par conséquent aucun droit sur les biens melk.

Il y aurait beaucoup à dire sur cette prétendue assimilation des territoires melk avec notre propriété française; elle est fort contestable et il est fort probable que les Arabes ont, à ce sujet, induit l'administration en erreur; ce qui semble en donner une preuve péremptoire, c'est qu'en Algérie tous les titres de possession, sauf ceux qui constatent des aliénations régulières à prix d'argent de la part du domaine public, sont revêtus du sceau des divers deys qui se sont succédé jusqu'à la conquête, d'où il paraît résulter qu'à chaque changement de souverain qui pouvait disposer de la terre à son gré, le possesseur du sol cherchait à obtenir une nouvelle consécration de son droit de tenancier, faveur qui pouvait lui être refusée; on ne s'explique pas autrement cette apposition de cachet sur le titre primitif de concession.

Un fait très curieux qui confirme ce que nous venons de dire, c'est que M. le duc d'Aumale qui avant 1848, a été successivement commandant supérieur de la subdivision de Médéa, de la province de Constantine et gouverneur de l'Algérie, a été à plusieurs reprises sollicité d'apposer son cachet à côté de celui des beys sur les titres des indigènes (1), ce qui marque bien que dans l'esprit

1. *Journal officiel* du 26 mai 1873, p. 3342.

des Arabes le gouvernement français était considéré comme le successeur des deys et qu'ils cherchaient à se mettre à l'abri des revendications qu'aurait pu élever le conquérant en usant du droit supérieur conféré au souverain par la législation musulmane et qui consiste à faire et à retirer les concessions de terre à son gré. Les craintes des indigènes étaient d'autant mieux justifiées qu'on trouve des traces de ce droit de revendication exercé par les beys jusqu'en 1830; même après la prise d'Alger, l'émir Abd el Kader en fit usage dans les provinces d'Oran et d'Alger.

La doctrine qui considère les biens melk comme une propriété véritable affranchie de tout droit de suzeraineté et du domaine éminent de l'Etat, était donc fort contestable et en y regardant d'un peu près on aurait pu la réduire au néant. Quoiqu'il en soit, malgré les sages réserves qu'on aurait dû faire au sujet des territoires melk, l'administration, obéissant à l'esprit d'extrême réserve qui a toujours guidé la France dans ses rapports avec les indigènes, prenant en considération l'incertitude où l'on se trouvait sur les véritables droits des habitants à la possession du sol, adopta la doctrine la plus favorable aux Arabes, celle qui les considérait, eu égard à cette sorte de biens, comme des propriétaires affranchis de tout droit de suzeraineté; et elle renonça, dès les premiers jours de la conquête, à se prévaloir sur ces territoires des prérogatives attachées au domaine éminent;

cet abandon fut fait au grand détriment de la colonisation européenne.

Après 1830, la France se trouva donc propriétaire des biens que le bey n'avait ni aliénés à prix d'argent ni concédés et que formaient son patrimoine personnel ; sur les autres biens sauf sur les melk, elle eut le domaine éminent. A cela vinrent bientôt s'ajouter les propriétés tombées en déshérence en vertu de l'article 723 du Code civil. L'étendue des terrains domaniaux dont l'Etat pouvait disposer se montait à environ quinze cent mille hectares de terres cultivables et une grande partie de ces terrains a pu à certaines conditions dans le détail desquelles nous ne pouvons entrer, être livrée à des colons européens qui y ont introduit le régime de la propriété individuelle. Mais sur les quatorze millions d'hectares dont se compose la superficie tellienne, pour ne parler ici que de la terre cultivable, restaient encore dix millons d'hectares de terrain que les tribus arabes détenaient soit à titre de melk, soit à titre d'arch et sur lesquels elles pratiquaient le système de la communauté agraire qui joint aux habitudes nomades de ce peuple de pasteur constituait au point de vue agricole le régime le plus détestable que l'on pût imaginer.

Il n'y avait pas à espérer que les indigènes vendissent leurs terrains aux colons, car cette vente aurait été presque toujours entravée par l'exercice du droit de chefaa dont nous avons parlé plus haut.

III. — On se trouvait donc en présence du problème suivant : par quels moyens transformer, tout en respectant les droits des indigènes, la propriété collective qui était en usage sur ces immenses espaces en propriété individuelle ? Deux moyens permettaient d'arriver à ce résultat ; le premier consistait à modifier législativement la propriété telle que la comprennent les Arabes et à l'amener à un régime voisin de celui de la métropole ; opération fort délicate et hérissée de difficultés à cause de l'attachement que les musulmans professent pour leurs coutumes et leur haine pour toute innovation ; d'ailleurs nous avons fait remarquer que la communauté agraire avait sa raison d'être et son explication logique dans un état de civilisation peu avancée et ce n'est pas par des lois qu'on peut changer du jour au lendemain les mœurs et la civilisation de tout un peuple ; c'est avant tout une affaire de temps et de persévérance.

Le second moyen consistait à faciliter le plus possible aux colons européens l'acquisition de propriétés arabes, de manière à diminuer de plus en plus l'étendue des terrains restant aux mains des indigènes et par suite l'étendue du territoire soumise à la propriété collective de la tribu ; là encore se présentaient de grands obstacles à surmonter à cause du peu de sécurité que présentait pour les Européens ce genre d'acquisitions. La revendication des territoires appartenant au Domaine et que les indigènes détenaient indûment permettait aussi d'arriver à ce résultat.

Ce sont ces deux moyens qui ont été successivement employés, mais malgré le nombre des documents législatifs qui se sont occupés de la question, il faut avouer qu'on est loin d'avoir obtenu un résultat absolument satisfaisant et qu'il reste encore de grands progrès à faire avant d'arriver au but si longtemps poursuivi.

Le premier document législatif qui s'est occupé de la solution du problème de la propriété en Algérie dans ses rapports avec les besoins de l'indigénat et de la colonisation est l'ordonnance du 1er octobre 1844. Cette loi avait été rendue nécessaire par suite des circonstances suivantes : lors des premiers temps de la conquête de l'Algérie par les armées françaises, un certain nombre de spéculateurs avait acheté des terres aux Arabes ; or à cette époque rien n'était plus obscur que la question de savoir quelle était au juste la nature du droit des indigènes sur le sol conquis ; les spéculateurs ne se laissèrent pas arrêter par cette considération et ils achetèrent de grands espaces de terrain un peu à tort et à travers ; les Arabes de leur côté vendirent tout ce qu'on voulut leur acheter, les domaines qu'ils possédaient et même ceux qu'ils ne possédaient pas ; de là des difficultés sans nombre lorsqu'un peu plus tard on se rendit mieux compte de la nature du droit des indigènes et qu'on songea à revendiquer les légitimes prérogatives du domaine.

C'est pour mettre fin à ce fâcheux état de choses et pour délimiter rigoureusement les droits de chacun que

fut rendue l'ordonnance dont nous venons de parler. L'objet le plus important de cette loi est contenu dans le titre I qui statue sur les acquisitions d'immeubles en vue de régulariser les opérations antérieures de la spéculation ; elle détermina en outre les faits de jouissance propres à constituer un droit et partout où une jouissance incontestable fut reconnue, la propriété coloniale individuelle fut fondée. Cette ordonnance statuait aussi dans son titre IV sur l'expropriation et l'occupation temporaire pour cause d'utilité publique des points nécessaires aux campements militaires.

L'ordonnance du 1er octobre 1844 présentait un grave inconvénient : elle déférait la connaissance et la solution des litiges que ces questions de jouissance pouvaient soulever aux tribunaux de l'ordre judiciaire qui furent assaillis par nuée de procès auxquels ils ne pouvaient suffire. Aussi une loi postérieure du 21 juillet 1846 fit-elle cesser ce fâcheux état de choses et confia-t-elle non plus à l'autorité judiciaire mais à l'autorité administrative le soin de constituer la propriété individuelle d'après les principes mis en vigueur par l'ordonnance du 1er octobre 1844, c'est-à-dire en respectant les faits accomplis et les ventes qui avaient eu lieu toutes les fois qu'elles s'appuyaient sur un droit de jouissance incontestable. En conformité de cette loi, la propriété individuelle a pu être constituée sur les territoires qui comprennent l'ancien district d'Alger, les anciennes communes de Blidah, d'Oran, de Mostaganem et de Bône.

Avant la loi du 21 juillet 1846, modificative de l'ordonnance du 1er octobre 1844 avait été rendue le 31 octobre 1845, une ordonnance qui autorisait l'administration à mettre la main sur les terres des indigènes qui s'étaient livrés à des actes d'hostilité envers la France ou envers des tribus alliées ou qui avaient abondonné les domaines qu'ils occupaient pour passer à l'ennemi ; étaient présumés avoir passé à l'ennemi les indigènes qui pendant une durée de plus de trois mois s'étaient absentés de leur domicile sans la permission de l'autorité française. Ces terres étaient mises sous séquestre et un délai de deux ans étaient accordé aux Arabes dont les biens avaient été saisis pour fournir la preuve qu'ils ne s'étaient pas rendus coupables des faits à eux reprochés; passé ce délai, l'administration avait la faculté de disposer des terrains saisis ainsi qu'elle l'entendait. Le gouvernement français trouva donc dans cette législation sur le séquestre un nouveau moyen de soustraire un grand nombre de terres au régime de la communauté agraire et de les livrer moyennant certaines conditions à la colonisation européenne, c'est-à-dire au système de la propriété individuelle.

Un autre procédé pouvant servir à se procurer des terres consistait dans l'appropriation pour cause d'utilité publique et il fut mis en usage par la loi du 16 juin 1851 qui décida que l'expropriation pourrait être prononcée pour la fondation de villes, villages et hameaux ou pour

l'agrandissement de leur enceinte et de leur territoire, ce qui permit encore d'enlever aux Arabes pour les livrer aux Européens, les terrains nécessaires à la colonisation.

Mais il importe de s'arrêter quelques instants sur cette loi du 18 juin 1851 qui a une importance capitale. L'ordonnance du 1er octobre 1844 et la loi du 21 juillet 1846 avaient eu pour but de délimiter la propriété coloniale. La loi du 18 juin 1851 eut pour principal objet de constituer la propriété domaniale. Il avait fallu un espace de vingt années pour débrouiller dans le chaos des usages et des traditions musulmanes les droits que le gouvernement français pouvait revendiquer en sa qualité de successeur du gouvernement des beys; encore n'usa-t-on pas de ces droits dans toutes leur rigueur, puisqu'on abandonna les prétentions qu'on aurait pu émettre à propos du domaine éminent sur les territoires melk.

L'article 2 de la loi que nous venons de citer régla la composition du domaine public de l'Etat qui fut composé à peu près des mêmes éléments que dans la métropole ; le domaine privé de l'Etat fut délimité dans l'article 4 et comprit : 1° les biens qui en France sont dévolus à l'Etat par application des articles 33, 539, 723 du Code civil et la législation sur les épaves, soit par application du droit de déshérence consacré par l'article 768 du même Code ; 2° les biens, droits mobiliers et immobiliers provenant du beylick, c'est-à-dire la pleine propriété des azels et le

domaine éminent sur les territoires arch ; 3° les biens séquestrés qui avaient été réunis au domaine dans les cas prévus par l'ordonnance du 31 octobre 1845 ; enfin, 4° des bois et forêts.

Pour distinguer et délimiter cette propriété domaniale, on devait respecter la jouissance des indigènes telle qu'elle existait au moment de la conquête ; on devait en faire le relevé et tout ce qui était en dehors devait constituer le domaine de l'Etat.

En exécution de cette loi on procéda à la délimitation du domaine de l'Etat et partout où les indigènes ne purent justifier d'un droit formel à la jouissance du sol, la terre fut déclarée propriété domaniale ; malgré une très-vive opposition de la part des Arabes, la propriété individuelle a pu être, grâce à ce système de cantonnement, constituée dans trois tribus de la province d'Alger, chez les Ouled Kosseir, près d'Orléanville, chez les Abed el Fraïlia, près de Miliana, enfin chez les Ouled Bellil près d'Aumale ce qui forme un total d'environ 45 mille hectares de terres rendues à la propriété individuelle.

Malheureusement, malgré l'intention évidente de cette loi d'arriver à une tranformation complète de la propriété territoriale en Algérie, les résultats laissèrent beaucoup à désirer à cause des nombreuses difficultés d'exécution qui se présentèrent. Les droits de propriété et de jouissance des indigènes n'étaient pas nettement définis, car malgré les recherches laborieuses auxquelles on s'était

livré depuis la conquête, on n'était pas encore arrivé à une opinion incontestée sur la nature du droit des Arabes à la possession du sol algérien, et les nombreux exposés des jurisconsultes musulmans sur la matière, presque toujours obscurs, souvent contradictoires et ayant souvent pour but d'induire l'administration française en erreur, contribuaient à perpétuer l'incertitude où l'on se trouvait; aussi s'élevèrent de tous les côtés de nombreuses réclamations de la part des Arabes qui prétendaient être spoliés ; un conflit perpétuel s'élevait entre eux et l'administration française sur la question de savoir si telle ou telle portion de terrain était un bien arch ou au contraire un bien melk.

C'est pour faire disparaître cette distinction entre ces deux catégories de biens et supprimer ainsi un sujet de contestation et de difficultés inextricables que l'Empereur Napoléon III écrivait le 5 février 1863 au gouverneur de l'Algérie : « J'ai chargé le maréchal Randon de préparer « un projet de sénatus-consulte dont l'objet principal « sera de rendre les tribus propriétaires incommutables « des territoires qu'elles occupent à demeure fixe et dont « elles ont la jouissance traditionnelle à quelque titre que « ce soit. » On le voit, la pensée de l'Empereur était que le gouvernement français abandonnât au profit des indigènes son droit de domaine éminent et de libre disposition sur les terres qui n'étaient pas des biens melk et par conséquent d'élever tous les domaines arch au rang de domaines melk.

A cette pensée venait s'en joindre une autre d'ordre exclusivement politique. Jusqu'en 1863, l'idée qui avait prévalu avait été de mélanger la population européenne à la population indigène et de préparer par ce moyen l'assimilation de cette dernière à nos coutumes et à nos usages européens ; au contraire le projet de l'Empereur était assez favorable à la création d'un royaume Arabe à l'exclusion presque complète de la colonisation telle qu'on l'avait pratiquée jusqu'alors, c'est-à-dire avec le régime des concessions de terre faites aux colons, et par là Napoléon III espérait qu'en reconnaissant aux tribus un droit de propriété incommutable sur le sol algérien et en délimitant ce droit, les indigènes seraient amenés à vendre aux Européens les terres qu'ils auraient en excédent et que ce système entraînant des transactions journalières entre indigènes et colons, donnerait de meilleurs résultats au point de vue de la constitution de la propriété individuelle que les revendications du domaine et les mesures coercitives.

En résumé donc, avant 1863, on avait songé à constituer la propriété privée en Algérie, en retirant aux arabes et en livrant aux colons toutes les terres sur lesquelles le gouvernement français pouvait élever un droit de revendication. A partir de cette époque au contraire, on préféra abandonner le droit supérieur qui appartenait à l'Etat : 1° sur les biens de la communauté musulmane ; 2° sur les territoires arch anciennement concédés aux

tribus, espérant que les indigènes voyant leur droit de jouissance consolidé et transformé en une véritable propriété se prêteraient facilement à des transactions avec les Européens.

Pour arriver à ce résultat, il fallait poursuivre un double but ; en premier lieu délimiter les territoires des douars afin d'établir d'une manière incontestable la portion de territoire sur laquelle allait porter le droit de propriété des tribus ; en second lieu, procéder à un partage entre les divers ayant droit. Tel est l'esprit qui présida à la confection du sénatus-consulte du 22 avril 1863 dont les principales dispositions sont contenues dans les articles 1, 2, 5 et 6 que nous allons brièvement examiner.

L'article 1e décide que partout où les tribus seront trouvées ayant la jouissance traditionnelle du sol à quelque titre que ce soit, elles en seront déclarées propriétaires au lieu de n'en être considérées que comme détenteurs à titre précaire et ces territoires ne pourront plus être l'objet d'un retrait de la part du souverain.

Dans son article 2, le sénatus-consulte prescrit la délimitation des territoires des tribus, celle des douars et la répartition du sol entre ces différents douars.

Dans son article 5 il réserve non seulement les droits de l'Etat, mais aussi ceux des douars sur les communaux.

Enfin l'article 6 autorise les aliénations consenties sur

le territoire d'une tribu au profit de personnes qui y étaient étrangères, aliénations qui avaient été prohibées par la loi du 16 juin 1851.

Maintenant que nous connaissons les principales dispositions du sénatus-consulte du 22 avril 1863, voyons comment il a été exécuté et examinons si les résultats qu'il a donnés ont été conformes aux espérances qu'on en attendait.

Les territoires auxquels s'appliquait l'acte sénatorial comprenaient quatorze millions d'hectares de terre environ sur lesquels était dispersée une population de trois millions d'indigènes, répartis en 723 tribus. En exécution des premiers paragraphes de l'article 2 de ce sénatusconsulte les territoires de 402 tribus ont pu être délimités ; ces tribus comprennent une population d'environ 1200 mille habitants, répartie sur une superficie de 7 millions d'hectares environ. On a divisé le territoire de ces 402 tribus en 732 douars et on en a déterminé les limites conformément aux dispositions de l'article 2 précité. Quant aux 321 autres tribus d'une population de douze cent cinquante mille âmes environ occupant un territoire de 6 millions cinq cent mille hectares la délimitation et la division en douars ne se sont pas effectuées.

Quoiqu'il en soit, la répartition du sol entre les douars, opération préliminaire qui devait, au dire des promoteurs du sénatus-consulte aboutir à la constitution de la propriété individuelle par suite de transactions entre colons

et indigènes fut loin de répondre aux espérances qu'on en avait conçues.

Ce système maintenait en effet, comme toutes les lois précédentes, la jouissance collective des indigènes sur le sol et n'avait d'autre avantage que de fixer d'une manière plus précise qu'auparavant les limites de chaque jouissance. Quant aux ventes entre Européens et Arabes qu'on espérait voir se multiplier, elles furent avec ce système de propriété collective entravées par l'exercice du droit chefaâ que le sénatus-consulte de 1863 n'avait pas aboli et qui permettait à chaque membre de l'indivision d'exercer le droit de retrait en remboursant le prix de vente et de faire ainsi rentrer dans le domaine du communisme agraire toute parcelle de terrain qui en avait été détachée. Du reste le relevé des transactions de domaines ruraux depuis la promulgation du sénatus-consulte nous montre bien combien était vain l'espoir sur lequel on s'était fondé; il résulte en effet de chiffres officiels que de 1863 à 1871 il n'a été acquis, année moyenne au profit de la colonisation européenne et par conséquent au système de la propriété individuelle, qu'une superficie de 2170 hectares environ, c'est-à-dire l'espace de terre nécessaire à la construction d'un village (1).

La libéralité impériale n'a donc eu pour résultat que de faire perdre à l'Etat le domaine éminent qui lui ap-

1. Journal offic. du 25 mai 1873, p. 3328.

partenait sur une grande partie du sol algérien sans arriver, ce qui était le but visé, à la constitution de la propriété individuelle. Ajoutons qu'au point de vue du bien-être des indigènes, cette munificence ne réussit pas à les préserver de la misère et de la famine. L'état de communisme agraire systématiquement maintenu s'opposa fatalement à toute amélioration agricole et pendant l'hiver de 1867 plus d'un cinquième de la population totale répartie sur ces 14 millions d'hectares de terre qui lui avaient été dévolus en propriété périt de faim. Les habitants ne purent même pas, dans l'impossibilité où ils étaient d'hypothéquer leurs territoires, obtenir le crédit qui leur eût été nécessaire pour soulager leur misère.

Enfin, si l'on envisage les résultats du sénatus-consulte au point de vue purement politique, il est facile de se convaincre qu'ils ne furent pas moins malheureux, car au lieu de la reconnaissance à laquelle la France était en droit de s'attendre en échange de cette sorte d'abdication des privilèges de la conquête, à laquelle le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 vint ajouter un nouveau bienfait en déclarant Français tous les musulmans de l'Algérie et en leur réservant néanmoins le bénéfice de leurs statuts réel et personnel, les indigènes répondirent en 1871 par deux insurrections formidables qui mirent en péril notre domination en Algérie et l'avenir de cette colonie.

Lorsqu'après la dernière insurrection de 1871 les tri-

bus eurent été encore une fois vaincues par nos troupes et que l'ordre eût été à peu près rétabli dans notre colonie, la question de la transformation du communisme agraire en propriété individuelle se présenta de nouveau devant les représentants du pays.

Une des promesses du sénatus-consulte du 22 avril 1863 avait été la constitution de cette propriété; nous avons vu comment elle avait été réalisée et, par suite de l'imperfection des résultats obtenus, on remit le projet à l'étude.

On comprit tout l'intérêt qu'il pouvait y avoir tant au point de vue agricole qu'au point de vue politique à rendre chaque musulman propriétaire, comme le paysan français, d'une parcelle de terrain; l'intérêt personnel devait inspirer à l'Arabe l'amour de l'ordre et de la sécurité et on espérait, par suite de ce sentiment qui fait que l'homme craint de perdre ce qui lui appartient en propre, transformer cette population, toujours prête à prendre les armes à la voix de quelques chefs, en une nation de cultivateurs paisibles, ennemis de toute agitation stérile. C'est cet esprit qui présida à la confection de la loi du 26 juillet 1873. Le but principal de ce document législatif est de créer une procédure spéciale pour constater la propriété privée là où elle existe et de la créer là où elle n'est pas encore constituée; il ne s'agit donc plus de répartir simplement le sol entre les douars, comme l'avait décidé le sénatus-consulte de 1863, ce

qui était encore le maintien d'une propriété collective, ni même de le partager entre les différentes familles ; le but poursuivi consiste à délivrer en propre à chaque membre de la tribu, du douar ou de la famille arabe une part du territoire. En effet les deux premières opérations prescrites par l'article 2 du sénatus-consulte du 22 avril 1863, l'une ayant pour objet la délimitation des territoires des tribus, l'autre ayant pour objet la délimitation des douars et la répartition du sol entre ces douars, avaient bien été exécutées dans la moitié des tribus ; mais l'opération relative à la constitution de la propriété individuelle n'avait pas eu lieu et des travaux préparatoires n'avaient guère été commencés dans ce sens que dans une dizaine de tribus.

La procédure spéciale instituée par la loi de 1873 pour mener à bien cette œuvre délicate, crée une procédure spéciale qui permet d'attribuer à chaque membre du douar la propriété divise du sol dont il avait la jouissance collective ; l'indivision ne peut être maintenue que dans les cas prévus par l'article 815 du Code civil. Dans chaque circonscription territoriale, l'ouverture de cette procédure est ordonnée par un arrêté du gouverneur général ; la loi décide qu'on ne l'appliquera d'abord qu'à la région tellienne puis, au fur et à mesure des progrès de la civilisation et des besoins de l'agriculture, on l'étendra au Sahara par des décrets spéciaux.

Une seconde innovation de la loi de 1873, innovation qu'aucune loi précedente n'avait tenté d'introduire dans

notre colonie si ce n'est toutefois dans l'hypothèse prévue par l'article 3 de l'ordonnance du 1er octobre 1844 et en cas d'aliénation d'un domaine conclue entre non musulmans, ainsi que cela résulte de l'article 15 de la loi du 16 juin 1851, fut de soumettre le sol de l'Algérie au statut réel français; jusqu'à cette époque il avait toujours été régi par le statut réel musulman. Comme nous l'avons déjà fait observer, la législation musulmane sur la propriété foncière s'est inspirée de quelques principes vagues puisés dans le Coran que les jurisconsultes arabes ont commentés au gré de leur caprice et des intérêts des indigènes; il importait donc pour l'avenir d'une colonie, que l'on cherchait depuis si longtemps à faire entrer dans la voie de la civilisation et du progrès, qu'elle ne demeurât pas soumise à une législation aussi rudimentaire et il semblait tout naturel de lui appliquer la législation métropolitaine, plus parfaite et répondant à un état de civilisation plus avancée. Nous examinerons plus loin la question de savoir si ce raisonnement était bien fondé.

A cette substitution de la législation française à la législation musulmane en matière de propriété foncière, on pouvait objecter que jusqu'en 1873 le statut réel musulman avait été respecté par tous les actes législatifs qui s'étaient préoccupés de la transformation de la propriété territoriale en Algérie et qu'on ne pouvait y toucher sans porter une grave atteinte aux droits légitimes des indigènes ; mais un tel raisonnement ne reposait pas

sur une base bien sérieuse. En effet, si jusqu'en 1873 le statut réel musulman avait été maintenu, ce n'était nullement parce que la France n'avait pas le droit de le modifier et renonçait à légiférer en cette matière, ce qui eût été de sa part une espèce d'abdication du droit de conquête, mais bien plutôt parce qu'il était nécessaire d'adopter des mesures transitoires qui permissent d'étudier plus à fond la législation musulmane, alors peu connue; à cette considération venaient se joindre des motifs d'ordre politique : il importait de bien asseoir notre domination avant de battre en brèche les usages et les mœurs que l'esprit de routine et de fanatisme a si fort enracinés chez les Arabes.

Du reste l'examen attentif du texte des traités prouvait péremptoirement que le droit de la France d'établir des règles nouvelles en cette matière existait dans toute son intégrité et que notre compétence sur ce sujet ne pouvait sérieusement être contestée. La capitulation d'Alger portait en effet que l'exercice de la religion mahométane demeurerait libre, que la liberté des habitants de toutes classes, leurs propriétés, leur commerce et leur industrie ne subiraient aucune atteinte, que leurs femmes seraient respectées.

Il résultait bien clairement des termes de cette capitulation que le gouvernement français s'interdisait le droit de violer la liberté de conscience, la liberté du culte et la liberté individuelle des indigènes, mais il n'en résul-

tait nullement que le conquérant se refusât le droit de faire des lois au sujet de la propriété foncière, ce qui était non pas une mesure de violence, mais en quelque sorte une mesure de protection et de progrès ; on respectait le statut personnel des indigènes parce qu'il touche par bien des côtés à la religion, mais quant au régime des biens fonciers on se réservait la faculté de le modifier. Il est si vrai, qu'il n'est jamais venu à la pensée du gouvernement de la métropole d'abdiquer sa souveraintè en cette matière que notamment dans l'ordonnance du 1er octobre 1844 et dans la loi du 16 juin 1851 on trouve des dérogations apportées au statut réel musulman; ainsi l'article 3 de l'ordonnance du 1er octobre 1844 décide que dans le cas d'aliénation d'un terrain consentie à un Européen, les causes de nullité fondées sur le droit musulman ne pourront pas être invoquées ; de même l'article 16 de la loi du 16 juin 1851 décrète qu'en cas de vente entre non musulmans, on appliquera les règles du Code civil français et non celles de la loi musulmane. Enfin le sénatus-consulte du 22 avril 1863 en ordonnant la délimitation des territoires des tribus, celle des douars et leur division entre les ayant droit présente une dérogation manifeste au statut réel des Arabes.

A ces arguments il faut ajouter que le sol de l'Algérie a été à plusieurs reprises, notamment par l'article 108 de la Constitution de 1848, déclaré terre française ; de plus le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 a conféré à tous

les Arabes le bénéfice de la nationalité française ; or si l'article 3 du Code civil déclare que les immeubles situés en France sont régis par la loi française, même lorsqu'ils appartiennent à des étrangers, à plus forte raison doit-il en être de même lorsqu'ils appartiennent à des Français.

Telle est relativement au sol algérien la décision contenue dans l'article 1er de la loi de 1873 ; l'alinéa 2 de notre article pose une conséquence de ce changement de législation ; c'est l'abolition de tous droits réels, servitudes ou causes de résolution fondées sur le droit musulman qui seraient contraires à la loi française, par conséquent incompatibles avec la transformation du régime de la propriété foncière algérienne et avec la création d'un bon régime hypothécaire. Comme application de ce principe, le gouvernement avait préposé d'abolir complètement le droit de chefaâ, mais afin de respecter autant que possible les coutumes indigènes, la commission préféra le restreindre dans la limite du retrait successoral tel qu'il est réglé par l'article 841 du Code civil ; ainsi limité le droit de chefaâ qui était un moyen de maintenir l'unité patrimoniale de la tribu ne forme plus comme par le passé un obstacle insurmontable aux transactions entre indigènes et colons.

L'article 2 de la loi de 1873 soumet les transactions immobilières au principe de la loi du 23 mars 1855 ; c'est encore là une innovation considérable qui est destinée à permettre aux Arabes de se créer du crédit, chose

absolument impossible auparavant, et à procurer la sécurité dans les ventes conclues entre indigènes et Européens; antérieurement à cette disposition législative nul acheteur n'était en Algérie certain de conserver une terre livrée par un Arabe ; les titres remontaient en général à une époque très éloignée, lors de la conquête de l'Algérie par les Turcs et les mutations n'étant pas soumises à la formalité de la transcription, il en résultait qu'un colon, après avoir conclu une vente et payé son prix, pouvait se voir réclamer la terre ainsi acquise par un indigène, nanti d'un contrat de vente antérieur au sien ; le maréchal de Mac-Mahon dans son rapport à l'empereur du 23 avril 1868 constatait les difficultés et les dangers que présentaient des transactions conclues dans de pareilles conditions.

Enfin l'article 4 de la même loi décide que le maintien de l'indivision est subordonné aux dispositions de l'article 815 du Code civil.

Telle est dans ces grandes lignes l'économie générale de la loi de 1873 qui présente un ensemble de règles mieux combiné que toutes les lois précédentes et, ayant pour but de parvenir dans un avenir prochain à la constitution de la propriété individuelle en Algérie.

Certains esprits pensaient lors de la discussion de la loi qui nous occupe que la transformation de la propriété foncière dans notre colonie était plutôt un mal qu'un bien et cette opinion trouva un écho dans l'Assemblée

nationale. Il est impossible, et en tous cas dangereux, disait-on, de transformer brusquement en Algérie la propriété collective en propriété individuelle ; briser ainsi la vie de famille qui chez les Arabes est la base de la société, c'est apporter une profonde modification aux mœurs des indigènes, et, porter atteinte à leurs coutumes c'est porter atteinte à leur religion qui y est intimement reliée. On parle de transformer la vie pastorale de ces populations en lui substituant la vie agricole et de changer le pasteur nomade en cultivateur semblable au paysan français, propriétaire d'un petit lopin de terre; c'est oublier qu'une civilisation ne se transforme pas au moyen d'une simple loi et qu'un tel résultat ne peut s'obtenir brusquement et sans transition ; on prétend,en outre, qu'en modifiant les coutumes des indigènes on agit dans leur propre intérêt et qu'on cherche par ce moyen à les faire bénéficier des avantages d'une civilisation plus raffinée ; mais on oublie qu'il ne faut pas obliger les gens à accepter même un bienfait et que, d'ailleurs il n'est pas prouvé que ces peuplades ne soient pas plus heureuses avec le système de vie contemplative qu'elles mènent que nos sociétés européennes où la lutte pour l'existence est à l'ordre du jour ; d'une transformation aussi brusque ne peuvent résulter qu'une dislocation et un bouleversement de la société arabe, bouleversement qui peut mettre en péril la sécurité dans notre colonie africaine. On ajoutait en outre qu'on se faisait une singulière illu-

sion sur les conséquences soi-disant heureuses qu'apporterait la constitution de la propriété individuelle en Algérie ; les partisans de ce système proclamaient hautement que par suite du nouvel état de choses chaque Arabe se verrait propriétaire d'une partie du sol et que par suite de l'amour de l'ordre et de la tranquillité qu'inspire à tout propriétaire la possession de la terre, par suite aussi de l'intérêt personnel qui pousse le cultivateur à perfectionner les moyens d'exploiter un sol dont les améliorations profitent à lui seul, l'Arabe se trouverait transformé presque en paysan français ; mais ils ne remarquaient pas le danger que pouvait présenter une telle situation ; ces propriétaires novices qu'on allait créer du jour au lendemain, ne sauraient pas au juste quelle est la portée de leurs droits; comprendraient-ils quelque chose au régime hypothécaire, à la transcription et aux autres formalités qu'entraîne à sa suite un système de propriété foncière organisé comme il l'est en France ; et lorsqu'on aurait remis entre les mains des indigènes un titre, c'est-à-dire un morceau de papier sans signification bien précise pour eux, n'aurait-on pas à craindre que des spéculateurs ne viennent en échange de ce titre leur offrir une somme d'argent dont ils connaissent mieux la valeur que celle d'un morceau de papier et que les Arabes n'acceptent cet échange sans trop se rendre compte de la portée de leur acte ; il résulterait de cette situation qu'au lieu d'avoir en Algérie, comme on

l'espérait une multitude de petits propriétaires fonciers, ennemis de tout désordre, on se trouverait au bout de quelques années en présence d'indigènes dépouillés de leurs propriétés par suite des opérations de la spéculation, n'ayant plus l'habitude du travail et formant une armée de mendiants et de vagabonds toujours prêts à la révolte ; on faisait remarquer que c'étaient des considérations de ce genre qui à Java faisaient ajourner la transformation de la propriété collective du sol en propriété privée et on ajoutait que si on voulait à toute force l'opérer en Algérie, il importait au moins de protéger les Arabes contre leur propre ignorance et de ne permettre, au moins pendant un certain temps, les aliénations de terres qu'avec l'autorisation du gouverneur, jusqu'à ce que les indigènes eussent pu apprécier les avantages du nouveau régime foncier.

Telle était l'argumentation employée pour battre en brèche le nouveau projet de loi. A la première objection qui consistait à prétendre qu'on violentait les usages des Arabes et qu'on leur imposait une transformation de propriéte territoriale dont ils ne voulaient pas, M. Warnier répondit dans son rapport fait au nom de la commission à l'Assemblée nationale que c'était là une erreur complète (1) ; en effet, après le décret de l'Empereur, du 23 mai 1863, rendu en conformité du sénatus-consulte

1. *Journal officiel* du 1er juillet 1873, p. 4329.

du 22 avril de la même année, et prescrivant la constitution de la propriété individuelle dans douze douars antérieurement délimités, une enquête générale fut ordonnée afin de connaître l'opinion des indigènes sur la transformation qu'on voulait opérer. Dans les 700 tribus qui existent en Algérie, les notables, les cadis, les commandants de cercles, ceux de subdivision et les généraux commandant les provinces furent appelés à donner leur avis. De tous les rapports qui ont été faits sur la question, il résulte que partout les indigènes ont demandé la constitution de la propriété individuelle et ont considéré cette mesure comme un véritable bienfait ; ainsi donc, bien loin de violenter la conscience des indigènes, on ne fait que réaliser un de leurs désirs les plus chers.

Quant à l'objection qui consiste à montrer les dangers auxquels sont exposés les indigènes par suite des opérations de la spéculation, l'expérience prouve qu'elle ne s'est pas justifiée dans la pratique et que les Arabes connaissent assez bien l'étendue de leurs droits pour ne pas les abandonner en échange d'une valeur de beaucoup inférieure.

La loi du 26 juillet 1873 fut donc votée par l'Assemblée nationale, et en exécution de cette loi, des opérations ayant pour but d'arriver à la constitution de la propriété individuelle et dans le détail desquelles il serait trop long d'entrer, ont été faites par l'administration, mais elles ont donné lieu à d'inextricables difficultés d'application que nous allons résumer brièvement.

En premier lieu, il résulte des instructions données à l'Administration par M. le Gouverneur général de l'Algérie sur la manière d'exécuter et d'interpréter la loi du 26 juillet 1873, qu'il s'agirait de constituer non pas la propriété individuelle, mais la propriété familiale; malheureusement pour cette interprétation, c'est en vain que l'on recherche, soit dans les travaux de la commission, soit dans les débats qui ont eu lieu à l'Assemblée nationale, soit dans le texte même de la loi, un argument qui la justifie; il a toujours été question d'établir la propriété individuelle et jamais la propriété familiale; d'abord, qu'entend-on par propriété familiale? Il est bien étrange que, si la loi de 1873 avait eu en vue la constitution de la propriété foncière dans ces conditions, elle n'eût pas au moins exprimé le sens et déterminé la portée de cette expression! Si la famille arabe était constituée comme en France, l'établissement de la propriété foncière par unité familiale ne soulèverait pas de difficultés: le chef de famille étant vivant, c'est à lui seul qu'on attribuerait la propriété du sol; il aurait entre les mains le titre et la libre disposition de cette propriété, et à sa mort, ses enfants se partageraient son patrimoine; mais on n'ignore pas que par suite de la pratique de la polygamie, la famille arabe se compose de cent, deux cents, quelquefois mille individus, et maintenir l'indivision jusqu'au décès du chef de famille, c'est faire de la loi de 1873 une lettre morte et substituer simplement

une propriété collective à une autre propriété collective, celle de la famille à celle du douar. L'administration répond à cette objection qu'en partageant le sol du vivant du chef de famille, eu égard au droit de chacun, on violerait les règles du Code civil qui, en matière réelle, ont été déclarées, par la loi de 1873 elle-même, applicables à l'Algérie. et que, d'ailleurs, des difficultés matérielles insurmontables feraient obstacle à la réalisation d'un pareil système; supposons, en effet, que l'administration est en train de procéder au partage entre les ayant-droit d'un espace de terrain sur lequel habitent mille individus; au cours de ce travail, un de ces mille individus vient à mourir, il faut alors procéder à un nouveau partage, non plus entre mille habitants, mais entre neuf cent quatre-vingt-dix-neuf (1); on n'en sortira jamais; d'ailleurs, avec un pareil procédé, on arrive à estimer la part des ayant-droit à des fractions telles que 6.860/44.928 et 2.875/110.502. Cette doctrine de l'administration est, en définitive, une critique de la loi, et il faut avouer qu'elle est parfaitement fondée; malgré de notables progrès, la propriété individuelle est encore loin d'être constituée en Algérie à l'heure actuelle.

Peut-on au moins espérer que là où elle a été constatée son maintien est définitivement assuré? Ici encore il faut renoncer à cet espoir chimérique. Le législateur de

1. *Journal officiel* du 2 juillet 1873, p. 4359.

1873 a bien songé en effet à établir la propriété individuelle et à en fixer le point de départ par la délivrance d'un titre, mais il a oublié de pourvoir au maintien de son œuvre ; aussitôt après la remise du titre français, la propriété indigène retombe dans le droit commun et les Arabes ne tardent pas à substituer au titre primitif des actes sous seing privé constatant des modes de transaction dont ils ont conservé l'habitude, de sorte qu'au bout de peu de temps la propriété retombe dans un véritable chaos ; le seul moyen d'assurer le maintien de la propriété constituée par les soins de l'administration, serait de forcer les indigènes à passer toutes leurs transactions devant des officiers ministériels ; on comprend qu'on recule devant l'application d'une mesure aussi radicale (1).

Quant aux règles sur la transcription que la loi de 1873 a déclarées applicables à l'Algérie, elles ne sont pas toujours observées ; outre que les Arabes ont une répugnance naturelle pour cette mesure dont ils ne connaissent pas la portée, il ne faut pas oublier que ce système de publicité est organisé par noms de personnes et non par noms d'immeubles ; or, comme en Algérie un grand nombre d'indigènes portent tous les mêmes noms, il est presque impossible d'arriver à un résultat satisfaisant.

1. Revue algérienne de nov. 1885, p. 335.

On voit donc que les résultats donnés par l'application de la loi de 1873 sont loin de répondre à l'espoir qu'on en avait conçu et hors de proportion avec les efforts et les dépenses faites pour arriver au but depuis si longtemps poursuivi ; aussi s'est-on demandé dans ces derniers temps si l'on s'était engagé dans la bonne voie, notamment si on avait eu raison de confier exclusivement à l'autorité administrative le soin de constituer la propriété individuelle et s'il ne serait pas préférable de faire appel à l'initiative privée qui jusqu'alors a été presque complètement mise de côté. C'est l'act Torrens, son application dans différents pays et tout récemment en Tunisie, qui ont attiré l'attention des esprits sur cette question, et on s'est demandé s'il n'y aurait pas avantage à établir un régime analogue dans notre colonie algérienne. Nous allons examiner en quelques mots les arguments que l'on peut faire valoir en faveur de cette opinion.

CHAPITRE III. (APPENDICE).

DE L'APPLICATION DE L'ACT TORRENS EN ALGÉRIE.

L'act Torrens, qui porte le nom de son promoteur, sir Robert Torrens, mais dont le véritable titre est *the Real Property act*, a été appliqué en 1858 dans l'Australie du Sud.

Voici en quoi consistent les principaux traits de ce système.

Tout propriétaire peut soumettre la terre qui lui appartient au régime du real property act ; pour arriver à ce résultat, il doit commencer par faire dresser un plan de sa propriété et le faire certifier par un arpenteur breveté, puis rédiger une déclaration dans laquelle il affirme son droit de propriété et déclare les charges qui, à sa connaissance, portent sur son immeuble ; puis après avoir joint ensemble le plan de son domaine et ses titres de propriété, il envoye le tout au directeur de l'enregistrement (1). Remarquons que l'adoption du régime du *real property act* est absolument facultatif pour les particu-

1. Charles Gide, Etude sur l'act Torrens.

liers; il ne s'impose pas, y a recours qui veut. Après avoir reçu les pièces dont nous avons parlé, le directeur de l'enregistrement fait examiner par des jurisconsultes le dossier qui lui a été remis et si les titres du propriétaire ne lui semblent pas absolument incontestables, il rejette la demande qui lui a été adressée de placer l'immeuble sous le régime du real property act. Cette décision du directeur de l'enregistrement peut être l'objet d'un recours devant les tribunaux. Si au contraire les titres lui paraissent irréprochables, il fait insérer des annonces dans les journaux de la localité et envoie même des avertissements nominatifs aux personnes intéressées, afin de leur déclarer que si, au bout d'un délai qui varie d'un mois à trois ans, aucune opposition ne s'est formée, l'immeuble dont il s'agit sera soumis au régime de l'act Torrens et le demandeur en sera déclaré propriétaire incommutable.

Si nous supposons qu'aucune opposition ne s'est produite pendant les délais, on procède à l'immatriculation de la façon suivante : le directeur de l'enregistrement rédige deux certificats exactement semblables sur lesquels sont mentionnés la description de l'immeuble telle qu'elle résulte du plan qui en a été dressé et les charges, baux, hypothèques, servitudes, etc., qui peuvent grever l'immeuble ; l'un de ces certificats demeure au bureau de l'enregistrement, l'autre est remis au propriétaire à qui il sert désormais de titre. La rédaction en double de

ces certificats est un des traits caractéristiques du système Torrens; elle offre le précieux avantage de parer aux dangers de perte ou de destruction de l'un des titres. Une fois l'immeuble immatriculé, le propriétaire n'a plus à craindre aucune revendication ni l'apparition d'un droit quelconque de servitude ou d'hypothèque; son droit est placé sous la garantie de l'Etat qui y a pour ainsi dire apposé son sceau et les tiers frustrés n'ont plus qu'un recours en dommages-intérêts contre l'administration de l'enregistrement si elle s'est trompée en délivrant un certificat à un non propriétaire. Cette décision peut paraître excessivement dure pour les tiers lésés, mais en échange de cette rigueur motivée par l'intérêt général, une complète sécurité est obtenue dans les transactions.

Si maintenant nous supposons que le propriétaire qui s'est placé sous le régime du real property act veut vendre sa terre, il rédige un contrat de vente, joint à cet acte son titre de propriété et envoie le tout au directeur de l'enregistrement. Celui-ci fait mention sur le registre où se trouve immatriculé l'immeuble de la vente et des conditions auxquelles elle a eu lieu. Il annule le certificat de l'ancien propriétaire et en rédige un nouveau qu'il remet à l'acheteur. Celui-ci n'a alors à redouter aucune éviction ni l'apparition d'aucune servitude ou hypothèque non mentionnée sur le certificat de son vendeur, car elles ne lui serait pas opposable.

Si au lieu de vendre son immeuble le propriétaire veut

l'hypothéquer et se procurer ainsi du crédit, il n'a simplement qu'à rédiger un contrat d'hypothèque, à y joindre son certificat et à envoyer le tout au Directeur de l'Enregistrement.

Celui-ci transcrit sur son registre le contrat qui est intervenu, avec la date et l'heure de l'inscription ; il reproduit ces mentions au dos du titre qui lui a été envoyé par le propriétaire et le renvoie au créancier.

L'idée maîtresse du système créé par le réal property act est donc la création pour les immeubles d'une sorte d'état civil comme il en existe pour les personnes, indiquant toutes les modifications qu'ils subissent, soit par suite de mutations, soit par la suite de charges qui pèsent sur eux, telles que baux, hypothèques, servitudes, etc. Les principaux avantages de ce régime consistent dans son caractère facultatif qui permet à tout propriétaire de l'adopter ou de s'en tenir au droit commun, dans l'extrême modicité des frais qu'il entraîne et qui sont de beaucoup inférieurs à ceux qui résultent chez nous du système de la transcription et enfin de l'extrême sécurité qu'il crée dans les transactions ayant pour objet des mutations de propriété ou des constitutions de droits réels, sécurité qui résulte de ce que sur les registres tenus par l'administration de l'Enregistrement un compte est ouvert non plus à chaque propriétaire, comme dans notre système français, mais à chaque domaine, ce qui permet d'éviter les confusions de nom si fréquentes chez

nous et bien plus nombreuses encore en Algérie ; il est vrai qu'un tel régime est incompatible avec l'existence d'hypothèques occultes, telles qu'il en existe dans notre droit français. Ajoutons enfin que le réal property act en prescrivant à chaque propriétaire de faire dresser un plan de son immeuble facilite singulièrement la preuve de l'exacte étendue du droit de propriété et empêche ainsi les contestations sur les tenants et les aboutissants, ce que ne font ni notre système de transcription française ni notre organisation cadastrale ; il présente aussi un avantage précieux au point de vue de la constitution et du remaniement du cadastre.

On peut donc, disent les partisans de l'application de l'act Torrens en Algérie, se rendre compte facilement des conséquences qu'elle entraînerait. Au point de vue de la constitution de la propriété individuelle, le système du *real property act* offrirait l'immense avantage de ne pas s'imposer aux indigènes comme le régime de la procédure administrative et par suite de ne pas porter atteinte à leurs coutumes, chose toujours dangereuse quand on se trouve en présence d'un peuple profondément attaché à ses traditions.

Au point de vue pécuniaire, on éviterait les dépenses énormes qu'entraîne à sa suite le système en usage jusqu'à ces derniers temps, dépenses qui sont loin d'être compensées par les résultats jusqu'ici obtenus dans la voie du progrès.

Au point de vue des mutations de propriété et de transmissions des transactions de droits réels, on asseoirait la publicité sur une base inébranlable et l'on permettrait au crédit hypothécaire de se développer dans une large mesure, ce qui est impossible à l'heure actuelle avec un système de transcription organisé non par nom d'immeubles mais par nom de personnes, alors surtout que ces personnes portent presque toutes le même nom ; il suffirait pour arriver à ce résultat de prescrire la spécialité et la publicité des hypothèques légales et de supprimer ou tout au moins de spécialiser l'hypothèque judiciaire.

Enfin au point de vue fiscal, on parviendrait à organiser en Algérie un cadastre destiné à consolider et à prouver le droit de propriété et en même temps à asseoir l'impôt foncier.

Telle est l'argumentation des partisans de l'application de l'act Torrens dans notre colonie algérienne ; elle aboutit à supprimer la méthode jusqu'à présent suivie, c'est-à-dire la constitution de la propriété individuelle par la procédure administrative et à la remplacer par l'initiative privée. Or, c'est là une révolution considérable dont le succès est fort problématique et qui risque de faire disparaître le peu de résultats qui ont été obtenus à grands frais sous l'empire des derniers errements. Avoir recours à l'initiative privée des Arabes pour constituer un régime de propriété foncière en opposition avec leurs traditions séculaires, c'est aller au-devant d'un

échec certain ; en Australie et dans les colonies européennes on a pu s'adresser à l'initiative privée parce qu'on s'est trouvé en présence de colons sachant apprécier les bienfaits de la civilisation et d'une législation perfectionnée, mais en Algérie on n'obtiendra rien d'une population ennemie de tout progrès, préférant le *statu quo* et ignorant d'ailleurs parfaitement ce qu'on entend par enregistrement, crédit hypothécaire, cadastre et autres dénominations semblables ; il faudrait, pour arriver à ce résultat, que l'instruction leur permît d'apprécier les bienfaits de la nouvelle législation. On cite l'exemple de la Tunisie où, en effet, le système du *real property act* a été mis en vigueur avec quelques modifications par une loi promulguée le 5 juillet 1885 et ne semble pas donner de mauvais résultats ; mais on oublie que dans cette contrée les difficultés à vaincre n'étaient pas aussi considérables qu'en Algérie : les populations de la régence de Tunis ne se trouvent plus en effet dans le même état de civilisation que les tribus Arabes ; elles ont passé du moins sur la plus grande partie de leur territoire, du régime de la propriété collective du sol au régime de la propriété individuelle, ce qui facilite singulièrement l'application de l'act Torrens. De plus, il paraîtrait que de temps immémorial, il existait dans la Régence de Tunis des usages tout-à-fait semblables au système du *real property act* (1) de sorte qu'il a trouvé dans cette contrée un

1. Charles Gide, loc cit. p. 30.

terrain tout préparé. Ces circonstances favorables à l'adoption du nouveau régime n'existent pas en Algérie où d'ailleurs plusieurs raisons, outre celle que nous avons déjà donnée conseillent de ne pas abandonner le système de la constitution de la propriété foncière individuelle par la procédure administrative telle qu'elle a été organisée par la loi de 1873. En premier lieu, l'intervention administrative est la seule qui puisse se comprendre pour procéder aux deux opérations, préliminaire obligé de la constitution de la propriété individuelle et ordonnées par le sénatus-consulte de 1863, nous voulons parler de la délimitation des tribus et celle de douars, partout où elle n'a pas encore eu lieu. En second lieu elle permet à l'État de revendiquer des territoires d'un espace quelquefois considérable partout où les indigènes ne peuvent justifier de leurs droits à la possession du sol.

Est-ce à dire pour cela qu'on ne pourrait tirer aucun avantage des dispositions édictées par l'act Torrens. Telle n'est pas notre conclusion et nous pensons que tout en maintenant le système de la procédure administrative suivi jusqu'à présent on pourrait y introduire certaines modifications tirées du régime du *real property act*. Rien n'empêcherait par exemple l'administration, après avoir procédé à la reconnaissance du droit de propriété, de délivrer des titres dans la forme imaginée par la loi australienne ? Cette idée avait déjà été mise en lumière par un projet de loi élaboré en 1843, projet qui

malheureusement ne fut pas mis à exécution (1). Des deux certificats ainsi dressés l'un serait remis au propriétaire, l'autre déposé aux bureaux de l'enregistrement et ces certificats devraient être renouvelés à chaque changement de propriétaire. Il faudrait appliquer le même système aux immeubles dont les colons sont propriétaires, ce qui ne présenterait pas de sérieuses difficultés, l'administration n'ayant pas comme pour les immeubles des Arabes à transformer la propriété collective en propriété individuelle.

De cette façon on arriverait à établir sur une base solide le droit de propriété, à assurer la sécurité dans les transactions immobilières et les constitutions de droits réels et à faire fonctionner un bon système de crédit hypothécaire de notre colonie.

Enfin on doterait ainsi l'Algérie d'un cadastre qui, sans beaucoup de frais serait tenu au courant des modifications subies par les immeubles puisque l'enregistrement posséderait un plan de chaque immeuble qu'il suffirait de transformer suivant les transactions intervenues entre les parties ; la révision du cadastre ne nécessiterait donc pas comme en France des pertes de temps et d'argent considérables et l'impôt foncier pourrait être définitivement établi.

Telles sont les réflexions que suggère l'application de

1. Revue algérienne, novembre 85, P. 343 en note.

l'act Torrens en Algérie et les avantages économiques que notre colonie pourrait en retirer ; il est à souhaiter que dans un avenir prochain des essais soient tentés dans ce sens.

POSITIONS

Droit romain

A. — *L'unciarium fœnus* était de 12 0/0 par an V. P. 14.

B. — Le pacte d'intérêts ajouté *in continenti* à une stipulation fut à la fin de l'époque classique sanctionné par l'action du contrat. V. P. 31 et 32.

C. — Une créance d'intérêts ne pouvait naître par prescription, V. P. 34.

D. — En matière de *mutuum*, lorsque par exception, un pacte est suffisant pour produire une obligation d'intérêts, il est sanctionné par la *condictio ex lege* V. P. 30.

E. — Au cas de *nauticum fœnus*, la stipulation d'intérêts intervenue après l'arrivée du navire, ne peut porter que sur le montant du capital prêté et non sur ce capital augmenté des *usuræ maritimæ*. V. P. 71.

F. — La répétition des intérêts illégitimes ne suppose pas une erreur du *tradens*. V. P. 80.

I. — Dans les créances à terme l'arrivée de l'échéance n'emporte pas demeure.

II. — Jusqu'au transfert de la propriété de la chose vendue, les risques incombent au vendeur. Les Institutes ne nous donnent pas la véritable doctrine des jurisconsultes de l'école classique.

III. — En cas de stipulation de peine, ajoutée à une obligation principale contractée à terme, il n'est pas nécessaire pour que la peine soit commise que le débiteur soit en faute.

IV. — La stipulation de peine ne peut intervenir pour déterminer au mariage.

Droit français

I. — Les cohéritiers du renonçant ne peuvent pas répudier la part qu'il a abandonnée ; l'accroissement est forcé et non facultatif.

II. — Les legs ne se paient que sur les biens de la succession, déduction faite des dettes.

III. — L'héritier mineur qui a détourné ou recélé des effets de la succession doit être quand il est reconnu *doli capax*, déclaré héritier pur et simple.

IV. — L'article 901 du Code civil n'a pas pour but de déroger à l'article 504 du même code.

V. — L'existence d'un enfant adoptif au moment de la donation ne fait pas obstacle à la révocation pour cause de survenance d'enfant.

VI. — Les articles 1044 et 1045 du Code civil ne sont pas applicables aux legs universels et à titre universel.

VII. — Les créanciers du défunt n'ont pas intérêt à demander de leur chef la séparation des patrimoines quand l'héritier a fait une acceptation sous bénéfice d'inventaire.

Economie politique

A. — Le communisme agraire est incompatible avec le progrès de la culture intensive. V. P. 91.

B. — D'après la législation musulmane, le sol conquis appartient à Dieu et au souverain son représentant qui, sur les concessions de terre qu'il accorde conserve le domaine éminent. V. P. 117 et 118.

C. — Les Arabes en soutenant que les biens melk étaient affranchis du domaine éminent du souverain ont induit l'administration française en erreur. V. P. 120.

D. — L'application de l'act Torrens en Algérie produirait de bons résultats au triple point de vue de la publicité des transactions concernant les mutations de propriété et les transmissions des droits réels, du développement du crédit hypothécaire, de la confection du cadastre et de l'établissement de l'impôt foncier. V. P. 158.

Procédure civile

I. — L'étranger assigné en France par un autre étranger ne peut pas invoquer l'exception *judicatum solvi.*

II. — La signification du jugement fait bien courir le délai d'appel contre la partie qui l'a reçue, mais non contre celle qui l'a faite.

Droit pénal

I. — Le tribunal de police et le tribunal correctionnel ne sont pas compétents après un acquittement ou une absolution pour statuer sur les dommages-intérêts réclamés par la partie civile.

II. — Le délai de la prescription doit être fixé non d'après la nature de la peine prononcée, mais d'après la qualification du fait telle qu'elle résulte de la sentence de condamnation.

III. — La mort du mari survenue au cours du procès en adultère intenté à la femme, n'éteint pas l'action publique.

IV. — Les excuses légales doivent être prises en considération pour la durée de la prescription de l'action publique.

Vu par le Président de la Thèse :
J.-E. Labbé.

Vu par le Doyen de la Faculté :
Ch. Beudant.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :
Gréard.



TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Des intérêt qui dépassent le taux légal et de la sanction du principe qui les prohibe.

DROIT FRANÇAIS

Etude sur la communauté agraire, principalement en Algérie.

Paris, Imprimerie des Ecoles, Henri JOUVE, 23, rue Racine.

Imprimerie des Écoles, Henri JOUVE, 23, Rue Racine, Paris.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA STIPULATION

AYANT POUR OBJET

UN FAIT OU UNE ABSTENTION

DROIT FRANÇAIS

DU

RETRAIT D'INDIVISION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

JOSEPH DELOM DE MÉZERAC
LICENCIÉ ÈS-LETTRES
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU
ÉDITEUR
14, Rue Soufflot et rue Toullier, 13

1886

DROIT ROMAIN

DE LA STIPULATION

AYANT POUR OBJET

UN FAIT OU UNE ABSTENTION

DROIT FRANÇAIS

DU RETRAIT D'INDIVISION

DROIT ROMAIN

DE LA STIPULATION

AYANT POUR OBJET

UN FAIT OU UNE ABSTENTION

DROIT FRANÇAIS

DU RETRAIT D'INDIVISION

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA STIPULATION

AYANT POUR OBJET

UN FAIT OU UNE ABSTENTION

DROIT FRANÇAIS

DU

RETRAIT D'INDIVISION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

JOSEPH DELOM DE MÉZERAC
LICENCIÉ ÈS-LETTRES
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le Jeudi 15 Juillet 1886 à 3 heures 1/2

Président : M. BUFNOIR.

Suffragants : MM. LABBÉ, professeur
ALGLAVE id.
Léon MICHEL, agrégé

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU
EDITEUR
14, Rue Soufflot et rue Toullier, 13

1886

DROIT ROMAIN

DE LA STIPULATION

AYANT POUR OBJET

UN FAIT OU UNE ABSTENTION

INTRODUCTION

« Ce ne sont pas seulement les choses qui peuvent être stipulées, nous dit Justinien aux Institutes, ce sont aussi les faits; par exemple nous pouvons stipuler que l'on fera ou que l'on ne fera pas quelque chose. » (1)

Nous trouvons donc dans le droit romain, comme dans notre législation française actuelle, deux groupes, deux familles distinctes d'obligations : les obligations de donner, d'une part; de l'autre, les obligations de faire ou de ne pas faire. Et comme la stipulation pouvait revêtir indifféremment toute es-

1. § 7. Instit. III, 15.

pèce d'obligation, comme toute volonté de s'obliger pouvait s'exprimer sous cette forme (1), nous rencontrons également deux groupes de stipulations : les unes ayant pour objet une chose, une *datio*; les autres ayant pour objet un fait ou une abstention, *factum aut non factum*.

En droit français, c'est surtout au point de vue de la sanction qu'il importe de distinguer les obligations de donner et les obligations de faire. Contre le débiteur qui a promis de donner et qui refuse de tenir son engagement, le créancier a la ressource de l'exécution forcée *manu militari* ; s'il s'agit au contraire d'une obligation de faire ou de ne pas faire, aux termes de l'article 1142, il ne peut demander à la justice que des dommages et intérêts.

Cette distinction ne pouvait pas exister en droit romain, au moins à l'époque classique. Comme, avec le système formulaire, toute condamnation avait nécessairement pour objet une somme d'argent, le créancier, quelle que fût la nature de l'obligation, se voyait dans l'impossibilité d'obtenir l'exécution spécifique, et devait se contenter d'une réparation pécuniaire.

Il faut donc se placer à un tout autre point de vue pour apercevoir dans la législation romaine une

1. Quarum totidem genera sunt, quot, pene dixerim, rerum contrahendarum, dit Justinien à propos des stipulations conventionnelles ; § 3. Instit. III, 18.

différence entre nos deux classes d'obligations. Rien ne nous paraît s'opposer aujourd'hui à ce qu'un droit de créance et une action aient pour objet un fait ou une abstention. La promesse d'accomplir un voyage ou de composer un tableau, a la même valeur, à nos yeux, et la même efficacité que l'obligation de livrer un cheval ou un fonds de terre. Il n'en était pas de même dans le droit romain primitif : tandis qu'une somme d'argent, un immeuble, un esclave, pouvaient faire directement l'objet d'une stipulation et d'une action en justice, il fallait au contraire user de ruse et recourir à des détours pour donner une valeur juridique à l'obligation de faire ou de ne pas faire.

Ce système étroit et rigoureux a disparu, sans doute, avec les progrès de la civilisation. Mais il a laissé quelques traces, et lorsqu'on étudie dans la législation de l'époque classique la nature et les effets des obligations de faire ou ne ne pas faire, on remarque un certain nombre de particularités qui seraient inexplicables, si on ne les rattachait pas à cette conception primitive.

Voilà ce qui fait l'originalité des obligations de faire ou de ne pas faire, en droit romain ; et c'est par là qu'elles nous ont paru dignes d'une étude spéciale.

CHAPITRE PREMIER

DISTINCTION ENTRE « DARE » ET « FACERE »

On distingue dans le droit romain, nous venons de le voir, deux catégories d'obligations : les unes ayant pour objet une *dation ;* les autres ayant pour objet un *fait*.

Car, sous ce mot *un fait,* nous pouvons comprendre à la fois et le fait positif, et le fait négatif, c'est-à-dire l'abstention. Plusieurs textes nous y autorisent (1).

Il importe avant tout de rechercher quelles sont les obligations qui rentrent dans chacune de ces deux catégories. Il importe de déterminer d'une façon exacte le sens que les Romains attachaient à ces deux mots : *Dare, facere*.

Donner, dans notre droit français, c'est livrer une chose, à quelque titre que ce soit. Toute obligation tendant à la remise d'une chose est une obligation de donner ; l'obligation de faire est celle qui a pour

1. Loi 1, § 7. Dig. XLIV, 7.— Loi 2, pr. Dig. XLV, 1.—Paul dit dans cette loi : *Stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistunt.*

objet un pur fait, *factum merum, factum nudum* (1).

A Rome, le mot *dare* a un sens plus précis et plus limité. Il signifie exclusivement transférer la propriété ou constituer un droit réel. Ainsi, lorsque je promets de transmettre la propriété d'une somme d'argent, d'un esclave, d'un fonds de terre (2), lorsque je promets de constituer un usufruit (3), une servitude (4), une hypothèque (5), c'est une obligation de donner que je contracte. Je contracte, au contraire, une obligation de faire, lorsque je m'engage à livrer une chose, sans que cette livraison implique une transmission de propriété (6). L'obligation du vendeur, l'obligation du commodataire sont des obligations de faire, tandis que l'obligation de l'acheteur et celle de l'emprunteur dans le prêt de consommation, sont des obligations de donner.

Cette distinction qui nous montre que les Romains attachaient une importance toute particulière à la propriété, et lui faisaient une place à part dans toutes leurs institutions, est-elle demeurée en vi-

1. Telle est du moins l'opinion qui nous paraît devoir être adoptée en droit français. Elle est enseignée par MM. Demolombe et Laurent.

2. Loi 75, § 10. Dig. XLV, 1.

3. Loi 3, pr. Dig. VII, 1. — Loi 126. § 1. Dig. XLV, 1.

4. Loi 19, Dig. VIII, 3. — Loi 136. § 1, Dig. XLV, 1.

5. Loi 5, § 2. Dig. XX, 1. — Loi 15 pr. Dig. XX, 1.

6. Loi 75, § 7. Dig. XLV, 1. — Loi 72 pr. Dig. XLV, 1.

gueur dans le droit du Bas-Empire ? Il est permis d'en douter. Déjà, à l'époque des jurisconsultes, une certaine confusion s'introduit dans le langage : Ulpien, détournant le mot *dare* de son acception primitive, l'emploie dans le sens de fournir, *dare expromissorem* (1).

A l'époque de Justinien, l'ancienne doctrine paraît fort ébranlée, puisqu'à propos du commodat, les Institutes qualifient de dation la remise de l'objet prêté, faite par le commodant à l'emprunteur (2). Ainsi se préparait l'évolution qui s'est continuée pendant le Moyen-Age et qui était définitivement accomplie au XVI[e] siècle, puisque Cujas nous dit que les mots donner et livrer sont devenus synonymes : « Dandi verbo modo factum significatur tradendæ possessionis, modo effectus proprietatis... His verbis dari et tradi promiscue utimur plerumque secundum mentem proferentis, nec tam ea spectanda sunt quam mens eorum qui iis utuntur. » (3)

Mais, nous n'avons pas à rechercher comment une distinction arbitraire et toute de convention a disparu pour faire place à une distinction plus simple et plus conforme à la nature des choses. Contentons-

1. Loi 4. Dig. XII, 4.
2. § 2. Instit. III, 14 : *Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur ;... non ita res datur ut ejus fiat....*
3. Cujas, tome IV, c. 667. D.

nous de dire que dans le droit de l'époque classique, que nous avons principalement en vue dans cette étude, toute obligation qui n'a pas pour objet un transfert de propriété ou une constitution de droit réel, est une obligation de faire ou de ne pas faire.

Dès lors, il est aisé de comprendre que le domaine des obligations de faire est illimité. Tantôt le fait promis consiste dans la remise, dans la livraison d'une chose, *fundum tradi* : c'est une *præstatio*. Tantôt il consiste dans un certain nombre de travaux, *operæ*. L'obligation peut encore avoir pour objet l'exécution d'un ouvrage envisagé comme un tout indivisible, *opus perfectum*, comme la construction d'une maison ou l'établissement d'un fossé, *insulam ædificari, fossam fodiri*. Enfin, elle peut avoir pour objet un acte juridique : je promets par exemple à mon débiteur de le libérer de sa dette par une acceptilation ou un pacte de remise.

Le champ d'application de l'obligation de ne pas faire n'est pas moins étendu. Je peux promettre de m'abstenir d'un acte matériel : ainsi je promets de ne rien faire qui puisse entraver l'exercice d'un droit de passage, *per me non fieri, quominus tibi per fundum meum ire agere liceat*. (1) Je peux aussi m'engager à m'abstenir d'un acte juridique : je peux

1. Loi 75, § 7. Dig. XLV, 1.

m'engager à ne pas exercer d'action en justice, *amplius non agi*. (1) On peut enfin concevoir une promesse d'abstention d'une nature toute particulière, qui était très fréquemment employée pour corriger les effets rigoureux des actes de droit strict : nous voulons parler de la *clausula doli, dolum malum abesse abfuturumque*. (2)

Il est à peine besoin de faire observer que les obligations qui prennent naissance dans les contrats de bonne foi, sont presque toutes des obligations de faire ou de ne pas faire. Nous pouvons citer l'obligation du vendeur, celles du bailleur, du dépositaire, du commodataire, du créancier gagiste, du mandataire, etc... Parmi les contrats de droit strict, il y en a deux, le *mutuum* et l'*expensilatio* qui ne peuvent produire que des obligations de donner, puisqu'ils ont nécessairement pour objet de l'argent ou des choses fongibles. La stipulation, au contraire, peut servir à contracter toute espèce d'obligation de faire ou de ne pas faire.

Les obligations de faire ou de ne pas faire peuvent donc être divisées en deux groupes. Les unes résultent d'un contrat de bonne foi et sont sanctionnées par une action de bonne foi, par l'*actio empti*,

1. Loi 4 § 1. Dig. XLV. 1.
2. Loi 4 pr. Dig. XLV, 1.

par l'*actio mandati*, etc.... Les autres découlent d'une stipulation, et le créancier, pour en obtenir l'exécution, est muni de la *condictio incerti*. Ce sont les obligations de ce second groupe qui feront désormais l'objet exclusif de nos explications.

CHAPITRE II.

UN FAIT PEUT-IL ÊTRE L'OBJET D'UNE STIPULATION AU MÊME TITRE QU'UNE DATION ?

§ I. Droit primitif.

Justinien, en nous parlant des obligations de faire ou de ne pas faire, nous apprend qu'au lieu de stipuler purement et simplement le fait ou l'abstention, on avait l'habitude de fortifier cette stipulation en y ajoutant une clause pénale. Il est très-avantageux pour le stipulant, nous dit-il, d'exiger une promesse de peine ; il a un grand intérêt à rendre ainsi sa créance certaine et à fixer à l'avance et à forfait le montant de la réparation pécuniaire qui lui sera due en cas d'inexécution : *in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare quid ejus intersit*. Aussi, ajoute-t-il, lorsque la stipulation a pour objet un fait, il faut y adjoindre une clause pénale ainsi conçue : si ce fait n'est pas accompli, promets-tu de me donner à titre de peine

dix sous d'or, *si ita factum non erit, tu pœnæ nomine decem aureos dare spondes ? (1)*

Les textes du Digeste tiennent le même langage. Lorsque les jurisconsultes veulent tracer les règles qui régissent la clause pénale, c'est ordinairement parmi les obligations de faire ou de ne pas faire qu'ils choisissent leurs exemples (2) ; et réciproquement ils semblent supposer que la stipulation qui porte sur un fait ou sur une abstention est presque toujours accompagnée d'une stipulation de peine (3). Enfin, Vénuleius, s'exprimant presque dans les mêmes termes que Justinien, nous dit qu'en stipulant un fait, on ajoute presque toujours une clause pénale ; il recommande cette pratique comme très-usitée et tout à fait correcte, *usitatius et elegantius esse Labeo ait* (4).

Mais nous allons plus loin et nous croyons pouvoir dire, avec la plupart des interprètes, que dans le droit romain primitif, la stipulation d'une peine était indispensable pour donner une efficacité juridique à la promesse de faire ou de ne pas faire. Ce qui n'était plus qu'un usage très répandu au temps de Vénuleius et de Justinien, avait été d'abord une

1. § 7. Instit. III, 15.
2. Loi 115 pr. et § 1. Dig. XLV, 1. — Loi 71. Dig. XVII, 2.
3. Loi 71. Dig. XLV, 1. — Loi 3 § 1. Dig. eodem. — Loi 4 pr. et § 1. Dig. eodem.
4. Loi 137 § 7. Dig. XLV, 1.

nécessité. Dans le principe, faute de recourir à cette précaution, la stipulation portant sur un *facere* n'avait pas plus de force qu'un simple pacte, et le créancier était dénué de toute action pour la faire valoir en justice. Il devait se faire promettre une somme d'argent déterminée et introduire dans la formule, à titre de condition négative, le fait dont il voulait obtenir l'exécution : *Si domum non ædificaveris, centum dari spondes?* Un fait pouvait figurer dans une stipulation *in conditione*, mais non *in obligatione*: il ne pouvait pas former l'objet direct de l'interrogation et de la réponse (1).

Ce système trouve un fondement très solide dans le § 93 du troisième commentaire de Gaius. Après avoir donné une énumération des différentes formules usitées dans la stipulation, Gaius nous apprend que la formule *dari spondes? spondeo* se distingue entre toutes, parce qu'elle est romaine par excellence. Les autres appartiennent au droit des gens, les pérégrins peuvent s'en servir, elles peuvent être rédigées en langue grecque; celle-là, au contraire, fait partie du droit civil, elle est exclusivement réservée aux citoyens et ne peut être exprimée qu'en latin. Ce que le jurisconsulte omet d'a-

1. De Savigny. Traité de Droit Romain. Tome V, Appendice XIV. — Molitor. Les obligations en droit romain. Tome I, p. 188. — Ihering. L'Esprit du Droit romain (traduction de Meulenaere). Tome III, p. 243 ; tome IV, p. 248.

jouter, mais ce qui complète évidemment sa pensée, c'est que la formule *dari spondes* a été créée la première, c'est qu'à l'origine ou n'en connaissait pas d'autre, et que toutes les formules du droit des gens se sont introduites petit à petit, avec les progrès de la civilisation et le développement des relations commerciales. Dès lors, il n'existait pas, dans le vieux droit quiritaire, de formule de stipulation correspondant aux promesses de faire ou de ne pas faire. Un passage des Institutes que nous avons déjà cité, fortifie singulièrement cette argumentation. « Ce ne sont pas seulement les choses, dit Justinien, qui peuvent former l'objet de la stipulation, ce sont aussi les faits (1). » S'exprimerait-il ainsi, si la vérité qu'il énonce n'avait jamais été contestée ? Par ce dernier membre de phrase, ne semble-t-il pas faire allusion à l'ancien système pour le condamner d'une façon définitive et le déclarer à jamais aboli ?

Il y eut donc une première période pendant laquelle les obligations de faire ou de ne pas faire étaient nécessairement contractées sous la forme d'une stipulation conditionnelle de somme d'argent. Comment peut-on expliquer cette singulière rigueur du droit ancien ? Pourquoi obligeait-on les parties à user de moyens détournés pour obtenir le résultat

1. § 7, Instit. III, 15.

qu'elles cherchaient? Pourquoi un fait, une abstention ne pouvaient-ils pas être l'objet d'une stipulation et d'une action en justice au même titre qu'une dation?

Dans une première doctrine, on soutient que l'impossibilité de stipuler directement un fait ou une abstention tenait avant tout à la façon particulière dont on concevait alors le droit d'obligation, et à la fonction spéciale qui lui avait été assignée (1). A l'origine, dit-on, le droit de créance fut considéré par les Romains comme un moyen de recouvrer une propriété volontairement ou involontairement perdue. L'action personnelle, la *condictio*, était comme le prolongement de l'action en revendication : destinée à la remplacer momentanément entre les mains de celui qui s'était dépouillé pour un temps de sa chose, elle était construite sur le même type, elle lui ressemblait autant que possible. Puisqu'elle avait pour fondement l'abandon réel ou fictif d'un droit de propriété, elle devait avoir pour but la restitution de cette propriété; elle devait tendre à une dation. Dès lors, disent les partisans de ce système, puisque la formule de la *condictio* renfermait nécessairement les mots *dare oportere*, la formule de la stipulation, sur laquelle elle se modelait, devait

1. De Savigny. Traité de Droit romain. T. V. Appendice XIV. — Ihering. L'Esprit du Droit romain. T. III, p. 128.

contenir le même mot *dare*. Voilà pourquoi un fait ne pouvait pas former directement l'objet de l'interrogation et de la réponse.

Bien que cette doctrine ait été soutenue par d'éminents romanistes, nous ne croyons pas devoir l'adopter. Elle se rattache à une conception qu'il nous paraît difficile de justifier au point de vue historique. Cette théorie fameuse, d'après laquelle toute obligation aurait eu primitivement pour raison d'être et pour fondement une aliénation réelle ou fictive, renferme quelque chose d'artificiel et de systématique, et elle ne trouve aucun fondement solide dans les textes du droit romain (1).

Nous croyons donc devoir expliquer d'une autre façon la nécessité de la stipulation de peine dans les obligations de faire ou de ne pas faire. Cette exigence provenait, suivant nous, du désir de simplifier la tâche du juge et de limiter autant que possible ses pouvoirs. Cette tendance était un des traits caractéristiques du vieux droit quiritaire. Le juge était

1. Accarias. T. II, p. 1163, note 3. — M. de Savigny, pour soutenir ce système, est obligé d'admettre que la stipulation est dérivée du *nexum*, seul connu à l'origine. Si l'on acceptait cette hypothèse, il faudrait dire que les obligations de sommes d'argent furent seules consacrées et munies d'une action par le vieux droit romain, et l'on aboutirait à cette conséquence que les obligations de donner un corps certain elles-mêmes durent primitivement être accompagnées d'une stipulation de peine. Or nous n'apercevons dans les textes aucune trace de cette idée.

lié et comme enchaîné par la formule. Sa mission se bornait à affirmer ou à nier l'existence du droit réclamé par le demandeur; cela fait, il devait appliquer mécaniquement et comme un automate la condamnation préparée par le magistrat. Comme le dit M. Ihering(1), « on peut comparer l'ancienne procédure civile à une machine juridique, destinée à produire la transformation de la règle abstraite en droit concret, avec toute la précision, l'uniformité et la sûreté possible. »

Étant donné cette conception, un rapport de droit, quel qu'il fût, n'était susceptible d'être porté en justice que s'il réunissait un certain nombre de conditions particulières. On ne pouvait soumettre au juge qu'une question simple, à laquelle il lui fût facile de répondre par *oui* ou par *non*, sans être obligé de chercher en dehors de la formule des éléments extrinsèques d'appréciation. Il fallait, en d'autres termes, que l'objet du litige, déduit dans la formule, eût une valeur objective invariable, indépendante de toutes les circonstances contingentes au milieu desquelles le droit réclamé avait pris naissance (2). Les Romains résumaient d'un mot toutes ces conditions, en disant que l'objet du droit, qui pouvait devenir un jour l'objet de l'action, devait

1. Ihering. L'Esprit du Droit romain. T. II, p. 107.
2. Gide. De la Novation. p. 25 et 26.

être *certain*. Il fallait donc, de toute nécessité, communiquer ce caractère aux différents rapports de droit, afin de leur assurer une efficacité et une sanction.

Rien n'était plus simple, en ce qui concerne le droit de propriété. En effet,ce droit a naturellement une valeur fixe et absolue, il est toujours identique à lui-même, quelle que soit la cause naturelle à laquelle il doive sa naissance, quelles que soient les personnes entre lesquelles la question s'agite. La difficulté était plus grande pour les rapports d'obligation. Car il semble que la valeur d'un droit de créance soit essentiellement variable et relative. Comment la dégager des circonstances particulières du contrat d'où dérive l'obligation?

Néanmoins, les jurisconsultes romains ont obtenu ce résultat. Grâce au mécanisme des formules, ils ont détaché le droit du créancier de sa cause naturelle, le transformant ainsi en un droit abstrait, aussi absolu, aussi *certain* que le droit d'un propriétaire. De cette façon, ils ont pu façonner l'action personnelle, la *condictio*, à l'image de la revendication, et le signe sensible de cette ressemblance c'est l'absence de *demonstratio* dans la formule de la *condictio certi*.

Mais, les obligations ne se prêtaient à cette transformation que lorsqu'elles avaient pour objet un

transfert de propriété. Lorsque le créancier demandait la dation d'une somme d'argent ou d'un corps certain, à condition de ne faire aucune allusion au contrat générateur de l'obligation, à condition d'envisager le droit réclamé en lui-même, abstraction faite de toutes les circonstances accessoires, le magistrat pouvait poser au juge une question aussi simple que dans la revendication. Il en était tout autrement lorsque la promesse avait porté sur un fait ou sur une abstention. La valeur d'un fait est nécessairement relative. Pour apprécier l'intérêt que le créancier pouvait avoir à l'accomplissement de ce fait, et le préjudice que le défaut d'exécution lui a causé, le juge est bien forcé de se reporter au contrat qui a lié les parties. En un mot, l'action par laquelle on réclame l'exécution d'une obligation de faire est toujours incertaine. Voilà pourquoi une prétention de cette nature ne pouvait pas, à l'origine, être soumise directement au juge.

Cette manière de voir est confirmée par un texte de Gaius, dans lequel il nous fait connaître quel était le domaine de cette *action de la loi* appelée *condictio*, qui servit de transition entre le *sacramentum* et les actions de droit strict de la procédure formulaire : *Hæc autem legis actio*, nous dit-il, *constituta est per legem Siliam et Calpurniam : lege quidem Siliâ*

certæ pecuniæ, lege vero Calpurniâ de omni certâ re (1). Il résulte de ce texte que la *legis actio* créée par les lois Silia et Calpurnia contenait en germe la *condictio certæ pecuniæ* et la *condictio de aliâ certâ re,* mais que la *condictio incerti* était alors inconnue.

Elle ne fit son apparition, que lorsque l'office du juge fut conçu d'une façon moins étroite, lorsqu'il lui fut permis de rechercher les conditions dans lesquelles l'obligation s'était formée et le but que les parties s'étaient proposé d'atteindre. Alors, mais alors seulement, on admit l'introduction du *facere* dans la formule de la *condictio*. Ce jour-là les obligations de faire ou de ne pas faire reçurent le droit de cité dans la législation romaine. Il fut dès lors possible de stipuler directement un fait ou une abstention, puisqu'on pouvait soumettre au juge une formule ainsi conçue : *Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere, quanti ea res erit, tantam pecuniam N. N. A. A. condemna.*

§ 2. Droit de l'époque classique.

A l'époque classique, l'ancien système n'a pas disparu tout entier. Les idées dont le règne paraissait terminé ont conservé une certaine influence, même après que la législation se fut transformée, et l'obli-

1. Gaius. IV, § 19.

gation de faire ne fut jamais assimilée d'une façon complète à l'obligation de donner. Nous ne voulons pas ici faire allusion à l'usage de stipuler une clause pénale, usage qui s'est maintenu, même lorsque la stipulation de peine ne fut plus indispensable pour assurer l'efficacité de l'obligation de faire. Nous en avons déjà parlé et nous n'y reviendrons pas. Cet usage constituait assurément une différence entre les obligations de donner et les obligations de faire, mais une différence de fait, une différence tout extérieure. Celle que nous voulons signaler était plus profonde, elle tenait à la nature même du droit.

A l'époque classique, le droit du créancier qui a stipulé directement un fait, sans adjonction de clause pénale, porte en apparence sur le fait promis; mais il a en réalité pour objet l'estimation en argent des dommages et intérêts. Sans doute l'obligation de donner aboutit, elle aussi, à une condamnation pécuniaire. Mais cette indemnité pécuniaire n'est pas l'objet véritable de la dette, elle est simplement substituée à la chose promise, en vertu des pouvoirs du juge. Dans l'obligation de faire, au contraire, le créancier qui s'adresse à la justice demande d'une façon principale une somme d'argent; c'est une indemnité qu'il réclame, non pas à titre de sanction, mais comme l'objet unique de sa créance et de son action. En d'autres termes, le fait pro-

mis, bien qu'il soit directement stipulé, figure seulement dans l'opération à titre de *facultas solutionis* : c'est un moyen pour le débiteur d'éviter la condamnation pécuniaire.

Plusieurs textes nous apprennent que la stipulation portant sur un fait ou sur une abstention était parfois accompagnée d'une stipulation de peine incertaine. Elle était alors ainsi conçue : *Si ante kalendas martias primas opus perfectum non erit, tum quanti id opus erit, tantam pecuniam dari spondes ?* (1) Cet usage était assez fréquent, et il est probable que les stipulations prétoriennes étaient toujours contractées sous cette forme. (2) Mais si la thèse que nous venons d'exposer est exacte, cette stipulation du *quanti ea res erit* était sous-entendue, lorsqu'elle n'était pas intervenue d'une façon expresse ; toute obligation de faire contenait implicitement une clause pénale incertaine.

Ce système, il est vrai, est généralement repoussé par les interprètes modernes du droit romain. (3) Mais il peut s'appuyer, nous semble-t-il, sur plu-

1. Loi 38, § 13 et Loi 72 § 1. Dig. XLV. 1.

2. Loi 2, § 2. XLVI, 5.

3. Notre doctrine est soutenue par M. Molitor. Les Obligations en Droit romain. Tome I, p. 315. — Elle est combattue par M. de Savigny. Le Droit des obligations (traduction de MM. Gérardin et Jozon). Tome I, p. 398 ; ainsi que par M. Accarias. Tome II, p. 254, note 1.

sieurs textes du Digeste ; nous pouvons en outre invoquer en sa faveur l'autorité de tous les grands romanistes du moyen-âge et du XVI[e] siècle.

Le texte capital, en cette matière, est la loi 72, pr. au titre *de verborum obligationibus*. Voici quelle est, suivant nous, l'interprétation toute simple et toute naturelle de ce fragment d'Ulpien qui a suscité tant de controverses : D'après Celsus, le jurisconsulte Tubéron estimait que l'obligation de faire se transformait en une dette d'argent, en cas d'inexécution, et Celsus adopte cette opinion. (1)

Nous indiquerons plus tard quelles conséquences il faut déduire de ce texte ainsi expliqué, au point de vue de l'indivisibilité, et nous verrons que notre interprétation a le grand avantage de mettre Ulpien d'accord avec Celsus et Tubéron, sans le mettre en contradiction avec lui-même. Pour le moment, constatons seulement que ces trois jurisconsultes signalent une différence entre les obligations de faire et les obligations de donner, et cette différence peut se résumer ainsi : le véritable objet de la dette et de l'action, dans l'obligation de donner, c'est la chose promise, tandis que, dans l'obligation de faire, c'est l'*utilitas* du fait promis évaluée en argent, ce sont les dommages et intérêts.

1. Loi 72 pr. Dig. XLV, 1.

On a proposé plusieurs autres interprétations de la loi 72. Nous ne pouvons pas les passer toutes en en revue. Nous voulons seulement rappeler les deux principales, et montrer en quoi elles nous paraissent inacceptables.

On a dit d'abord que, par ces mots *pecuniam dari oportere*, Tubéron avait fait allusion à une stipulation de peine, certaine ou incertaine. Il faudrait lire le texte de cette façon : *Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, et si non fuerit factum, pecuniam, etc....* Mais cette explication présente deux graves inconvénients. Elle n'est possible que si l'on corrige le texte en y ajoutant la conjonction *et* ; et de plus, elle rend la phrase absolument incompréhensible, puisqu'elle supprime la proposition principale.

Dans un autre système qui a été préconisé par M. de Savigny, et qui est généralement admis aujourd'hui, on prétend qu'Ulpien cite, sans l'approuver, l'opinion de Tubéron, qu'il la cite à titre de singularité, comme une curiosité juridique. Et pour établir qu'Ulpien ne pouvait pas adopter la doctrine de Tubéron, on nous dit que ce vieux jurisconsulte, contemporain de Cicéron, était fort peu connu au temps d'Alexandre Sévère, et que ses ouvrages, écrits dans un style démodé, étaient peu goûtés (1).

1. Loi 2, § 46. Dig. I, 2.

Mais cette démonstration est-elle concluante? nous nous permettons d'en douter. Le nombre est grand des jurisconsultes dont le style est lourd et archaïque, et qui jouissent néanmoins d'une légitime autorité. D'ailleurs Ulpien ne méprisait pas autant qu'on paraît le croire les ouvrages de Tubéron, puisque dans d'autres matières il le cite et lui emprunte ses définitions (1). Enfin il ne s'agit pas seulement de Tubéron ; il s'agit aussi de Celsus qui partage le même sentiment, et l'on ne prétendra pas, j'imagine, qu'Ulpien professât du dédain pour les opinions de Celsus !

Plusieurs autres textes viennent corroborer l'argument que nous tirons de la loi 72, et achèvent d'établir notre système.

C'est d'abord un fragment de Celsus au titre *de re judicatâ.* (2) Voici comment s'exprime ce jurisconsulte : Si celui qui m'a promis de me préserver d'un dommage, manque à sa promesse, il est condamné à payer une somme d'argent, ainsi que cela se produit dans toutes les obligations de faire. Celsus fait évidemment allusion à la distinction entre les obligations de faire et les obligations de donner qu'avait signalée Tubéron, et sa pensée qui pourrait être rendue d'une façon plus exacte, est celle-

1. Loi 5, § 4 ; Loi 6 ; Loi 7 pr. Dig. XV, 1.
2. Loi 13, § 1. Dig. XLII. 1.

ci : en cas d'inexécution, c'est une somme d'argent qui est due, ainsi que cela se produit dans toutes les obligations de faire.

Les auteurs qui repoussent notre système, ont beaucoup de peine à expliquer ce dernier membre de phrase : *sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*. En effet, si le jurisconsulte a simplement entendu faire allusion au caractère pécuniaire de la condamnation, son observation manque absolument de portée, puisqu'à l'époque classique les obligations de donner étaient traitées, à ce point de vue, de la même façon que les obligations de faire. On en est réduit à dire que le mot *faciendi* a été ajouté par Justinien (1). Mais on s'empresse de reconnaître qu'en faisant subir cette correction au texte de Celsus, il s'est mis en contradiction avec lui-même, puisqu'il admet ailleurs que la condamnation peut porter directement sur un fait (2). Il nous semble peu conforme aux règles d'une saine critique de prêter à Justinien une interpolation aussi peu réfléchie.

Nous pouvons enfin invoquer une loi de Paul qui nous fournit un argument très puissant (3). Ce jurisconsulte suppose qu'une stipulation a eu pour

1. Accarias. T. II. p. 873, note 2.
2. Loi 14, Cod. VII, 45.
3. Loi 84. Dig. XLV, 1.

objet la construction d'une maison, et voici la règle qu'il énonce : jusqu'à la *litis contestatio,* le débiteur peut se libérer en accomplissant le fait promis ; mais à partir de la *litis contestatio,* il ne lui sert de rien de construire la maison, il ne peut pas éviter la condamnation pécuniaire.

Voici quelle nous paraît être l'explication de ce texte fort laconique : lorsqu'il s'agit d'une obligation de donner, le débiteur se libère, *pendente judicio,* en livrant la chose promise, en vertu de la règle *omnia judicia absolutoria esse,* parce que, même après la *litis contestatio*, cette chose forme l'objet véritable de l'obligation et de l'action ; mais s'il s'agit d'une obligation de faire, le débiteur qui n'a pas exécuté le fait promis avant la *litis contestatio,* est privé de cette *facultas solutionis;* le droit du créancier se trouve fixé d'une façon définitive, il porte désormais sur les dommages et intérêts.

Tels sont les textes qui nous paraissent établir qu'à l'époque classique il existait encore une différence de nature entre l'obligation de donner et l'obligation de faire.

Ce système, nous l'avons dit, a été enseigné par presque tous les romanistes du moyen-âge et du XVI[e] siècle. Nous pourrions ici multiplier les citations ; car il y a peu de sujets sur lesquels les anciens interprètes du droit romain se soient étendus avec autant de complaisance.

Cujas, comparant les obligations de donner aux obligations de faire, s'exprime ainsi : *Hæc* (l'obligation de faire) *sui naturâ continet id quod interest, illa officio arbitri, non naturâ et potestate suâ* (1). Nous pouvons reproduire un autre passage dans lequel il n'est pas moins explicite : *obligationes dandi perpetuantur post moram, obligationes faciendi non perpetuantur, sed in locum earum succedit obligatio in id quod interest* (2).

Transfunditur obligatio in id quod interest (3), dit à son tour Doneau. Et il revient à plusieurs reprises sur cette idée : *Non ut fiat petitur, sed agitur in id, quod stipulatoris interest. Ita hic post litem contestatam debere incipit id quod interest* (4). Quelques lignes plus loin il dit encore : *Nos vero in faciendi obligationibus verbo faciendi, non quidem aperte, sed vi et potestate verborum, vel verius voto et sententiâ stipulantium id quod interest contineri, itaque in stipulationem venire dicimus sub conditione, si factum non sit quod promissum est intra id tempus, quo fieri potuit* (5).

Enfin, Vinnius nous paraît résumer de la façon la plus saisissante la doctrine que nous avons essayé

1. Cujas. Tome I, c. 1284. E.
2. Cujas. Tome IX, c. 1268. E. — Tome X, c. 752. E.
3. Doneau. Tome XI, c. 209.
4. Doneau. Tome XI, c. 194.
5. Doneau. Tome XI, c. 208.

de défendre, en disant : *Placet debitorem non præcise ad faciendum quod promisit, obligari, imo factum hactenus tantum esse in obligatione, ut faciendo debitor liberetur, peti nunquam possit, sed id solum quod interest* (1).

Il est vrai que Dumoulin, dans son traité de l'*Indivisibilité*, s'élève avec énergie contre ce système. *Nimis erroneum est*, dit-il, *quod omnes fere tenent facta non obligare præcise regulariter* (2). Mais il reconnait lui-même dans ce passage que l'opinion qu'il critique était presque universellement admise.

Ainsi, à l'époque des jurisconsultes, bien qu'un droit nouveau se soit substitué au vieux droit quiritaire, bien que l'idée d'obligation se soit élargie, et qu'il ne soit plus nécessaire, pour stipuler valablement un fait, de se faire promettre une somme d'argent à titre de peine, néanmoins l'assimilation n'est pas encore complète entre les obligations de faire et les obligations de donner : un fait ne forme pas l'objet d'une stipulation et d'une action en justice au même titre qu'une dation.

Mais, cette différence devait s'affaiblir chaque jour davantage, et il n'en était plus question, sans doute, au temps de Justinien. Nous trouvons en effet, au

1. Vinnius. Institutes, page 652, nº 7.
2. Dumoulin. Tome III, pages 99, 100, 163.

Code, une constitution de cet empereur qui contient ces mots : le juge peut condamner, soit le défendeur, soit le demandeur à donner ou à faire quelque chose (1). Or, si la condamnation peut porter directement sur le fait promis, c'est que toutes les anciennes fictions ont disparu, c'est que le droit du créancier a désormais pour objet principal, pour objet unique le fait lui-même.

Ce n'est donc qu'à la suite d'une longue et curieuse évolution que les obligations de faire ou de ne pas faire ont réussi à se débarrasser d'une façon complète des entraves que les exigences et les subtilités du droit primitif avaient apportées à leur fonctionnement.

1. Loi 14. Cod. VII, 45.

CHAPITRE III

CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA STIPULATION QUI A POUR OBJET UN FAIT OU UNE ABSTENTION.

Toute stipulation, quel qu'en soit l'objet, doit, pour être valable, réunir une certain nombre de conditions, relatives soit à la forme solennelle, soit au consentement et à la capacité des parties. Mais à côté de ces conditions générales, il y en a d'autres qui varient suivant que la stipulation porte sur un fait ou sur une dation, parce qu'elles sont relatives à l'objet même du contrat. Ce sont les seules dont nous ayons à nous occuper ici.

A quelles conditions un fait peut-il former l'objet d'une stipulation ? Voilà ce que nous devons rechercher.

Il faut que le fait soit personnel au promettant ; qu'il soit suffisamment déterminé ; qu'il soit physiquement possible ; qu'il soit licite.

§ 1. — Fait personnel au promettant.

Celui qui promet le fait d'autrui, ne contracte pas un engagement valable ; *nemo alienum factum pro-*

mittendo obligatur, nous dit Ulpien (1), et Paul tient le même langage : *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur... de se quemque promittere oportet* (2).

Me sera-t-il donc tout à fait impossible de promettre le fait d'autrui ? Non. Le résultat que je ne puis pas obtenir directement, je pourrai l'atteindre par des moyens détournés. Deux procédés me sont offerts. Je puis d'abord avoir recours à la stipulation de peine et m'engager à payer une somme d'argent sous cette condition : *Si Titius non fecerit.* « Celui qui veut promettre le fait d'autrui, dit Ulpien, peut s'engager à payer, soit une peine certaine, soit une peine incertaine, c'est-à-dire le montant des dommages et intérêts. » (3)

En second lieu, je peux promettre de faire tout ce qui dépendra de moi pour que Titius accomplisse le fait que le stipulant attend de lui : *me curaturum, effecturum ut Titius faciat?* (4) La stipulation sera alors pleinement valable, puisqu'il résultera des termes mêmes employés dans l'interrogation et dans la réponse, que je suis personnellement lié vis-à-vis du stipulant.

1. Loi 38 pr. et § 1. Dig. XLV, 1.
2. Loi 83 pr. Dig. XLV, 1.
3. Loi 38, § 2. Dig. XLV, 1. — § 21, Instit. III, 19.
4. § 3. Instit. III, 19.

En dehors de ces deux hypothèses, la promesse du fait d'autrui est inefficace. On peut cependant nous opposer un texte de Paul qui semble au premier abord contredire ce système (1). Un individu promet qu'un tiers comparaîtra en justice, et il ne fait pas suivre cet engagement d'une promesse de peine. Le jurisconsulte se demande si une pareille stipulation peut produire son effet. Se conformant à l'opinion de Celsus, il répond affirmativement, et voici comment il motive sa décision : celui qui promet qu'un tiers comparaîtra, nous dit-il, s'engage à faire en sorte que ce tiers comparaisse.

Comment concilier ce langage avec celui qu'Ulpien et Paul lui-même ont tenu dans les fragments que nous avons cités plus haut? On explique d'ordinaire cette dérogation aux principes de la façon suivante. La stipulation *aliquem sisti*, dit-on, à laquelle Celsus et Paul font allusion, est une stipulation prétorienne. Or, la formule des stipulations prétoriennes dépend absolument du préteur ; c'est lui qui l'a dictée, et il reste libre d'interpréter, comme il l'entend, les expressions qu'il a lui-même proposées aux parties : *prætoriæ stipulationes legem accipiunt de mente prætoris, qui eas proposuit* (2). Il

1. Loi 81 pr. Dig. XLV, 1. — Voir au même titre la loi 38, § 24.
2. Loi 52. Dig. XLV, 1.

peut notamment décider que ces mots *promittisne Titium sisti? promitto* contiennent implicitement la promesse d'un fait personnel.

Cette conciliation est certainement ingénieuse, et repose sur une observation exacte. Nous croyons toutefois pouvoir en proposer une autre. Dans les stipulations prétoriennes, ainsi que nous l'avons déjà dit, la promesse principale était toujours suivie d'une seconde promesse, portant sur les dommages et intérêts, sur le *quanti ea res erit*. Ce fait nous paraît démontré par un fragment de Paul, la loi 2 § 2 au titre *de stipulationibus prætoriis* (1). C'est grâce à l'adjonction de cette clause pénale que la promesse du fait d'autrui pouvait être considérée comme valable.

Cette manière de voir se trouve confirmée par le texte même qui soulève cette discussion. Ce texte contient, en effet, un membre de phrase que nous avons jusqu'ici passé sous silence, et que nous croyons pouvoir traduire de la façon suivante : Ainsi que le dit Celsus, bien qu'on n'ait pas fait suivre cette stipulation d'une promesse de peine certaine, la formule contient néanmoins le *quanti interest*. *Celsus ait, etsi non est huic stipulationi additum, nisi steterit, pœnam dari, id, quanti interest sisti, contineri.*

1. Loi 2, § 2. Dig. XLVI, 5.

Toutefois la règle *nemo alienum factum promittere potest* ne doit pas être entendue d'une façon trop rigoureuse. Ainsi, lorsqu'un entrepreneur promet de construire un navire, d'élever une maison, de creuser un fossé, il ne s'engage pas à exécuter lui-même, et de ses propres mains, tous les travaux. Il s'engage simplement à les faire exécuter par ses ouvriers et sous sa direction. Si le stipulant désire quelque chose de plus, s'il croit avoir intérêt à ce que l'artisan auquel il s'adresse accomplisse personnellement le travail qu'il lui demande, il peut insérer à cet effet dans la formule de l'interrogation, une clause spéciale ainsi conçue : *ut suis operis id perficiat* (1).

§ 2. — Fait suffisamment déterminé.

La stipulation est nulle, si le fait que le promettant s'engage à accomplir, n'est pas indiqué d'une façon précise.

Ainsi, lorsqu'on stipule la construction d'une maison, il faut indiquer l'emplacement où cette maison doit s'élever. *Si quis insulam fieri stipuletur, et locum non adjiciat, non valet stipulatio* (2).

1. Loi 31. Dig. XLVI, 3.
2. Loi 2, § 5. Dig. XIII, 4. — Loi 95 et Loi 115 pr. Dig. XLV, 1.

L'indication de l'époque à laquelle le fait doit être exécuté, sera souvent nécessaire. Mais en cette matière il est impossible de poser une règle générale : tout dépend et de la nature du fait promis, et du but que les parties se sont proposé. Je stipule par exemple que Titius se trouvera dans un endroit déterminé, *sisti in certo loco*, et j'omets de préciser le jour où il doit me rendre ce service. La stipulation est-elle valable ? Papinien (1) fait une distinction très raisonnable ; si j'ai oublié d'indiquer le jour pour lequel j'entendais m'assurer de la présence de Titius à l'endroit convenu, la stipulation est imparfaite, le contrat est vicié par l'absence de l'un de ses éléments essentiels. Si, au contraire, j'ai omis sciemment de préciser la date, si j'ai entendu laisser à Titius le choix du jour, la stipulation produira tous ses effets.

§ 3. — Fait physiquement possible.

L'obligation ne peut pas prendre naissance, lorsque le fait qui forme l'objet de la stipulation est matériellement impossible. C'est ce que nous dit Paul, dans la loi 35 au titre *de Verborum obligationibus : Si stipulor ut id fiat, quod natura fieri non con-*

1. Loi 115 pr. Dig. XLV, 1.

cedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor ut detur, quod dari non potest (1).

Mais, s'il s'agit d'une impossibilité simplement relative, si le fait, impossible pour le promettant, à raison de circonstances particulières, peut être accompli par d'autres, l'obligation est valablement formée, et le débiteur pourra être condamné à indemniser le créancier du préjudice que lui aura causé l'inexécution du fait promis. Car il est en faute d'avoir pris un engagement qu'il n'était pas en mesure de tenir (2).

§ 4. — Fait licite.

Les jurisconsultes romains considéraient comme dénués de toute valeur les contrats dont l'objet était contraire aux lois ou aux mœurs. C'était un principe universellement admis: *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti* (3), nous dit Ulpien, et Papinien fait l'application de cette règle aux stipulations qui portent sur un fait : *Si flagitii faciendi causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet* (4). Nous devrons donc considérer comme nulle la promesse de commettre un meurtre, un sacrilège (5).

1. Loi 35 pr. Dig. XLV, 1.
2. Loi 137, § 5. Dig. XLV, 1.
3. Loi 26. Dig. XLV, 1.
4. Loi 123. Dig. XLV, 1.
5. Loi 27 pr. Dig. XLV. 1. - § 24. Instit. III, 19.

Nous refuserons également toute efficacité aux fiançailles contractées sous forme de stipulation entre un frère et une sœur (1).

Dans ces différentes hypothèses, non seulement le stipulant ne peut pas obtenir de condamnation, mais les textes nous apprennent que le magistrat doit refuser de lui délivrer une formule d'action. Ce n'est donc pas devant le juge, c'est devant le préteur que l'exception tirée de l'immoralité ou de l'illégalité du fait promis, doit être soulevée, discutée et tranchée (2).

Pour apprécier le caractère de ce fait, le magistrat doit-il se placer au moment où le contrat s'est formé, ou bien au contraire au moment où le stipulant vient lui demander une action ? En d'autres termes, si le fait, illicite au jour de la stipulation, est devenu depuis licite, si l'obstacle légal a disparu, la stipulation peut-elle produire son effet ? D'après le jurisconsulte Paul, il faut se placer au moment de la formation du contrat, et lorsque la stipulation a été viciée à l'origine par l'intention déshonnête des contractants, les événements ultérieurs sont impuissants à la faire revivre. Ainsi, des fiançailles sont intervenues entre Titius et sa sœur adoptive ; peu de temps après, une émancipation fait sortir cette

1. Loi 35, § 1. Dig. XLV, 1.
2. Loi 27 pr. Dig. XLV, 1. — Loi 5, Cod. IV, 7.

dernière de sa nouvelle famille, et rien ne s'oppose plus à ce qu'elle épouse Titius. Néanmoins, la promesse de mariage reste frappée de nullité : *quia statim contra mores sit* (1). Vénuléius, après avoir donné une solution analogue, résume ainsi sa pensée : *Non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum præsentis, æstimari debet stipulatio* (2).

Les mêmes règles s'appliquent aux obligations de ne pas faire. La stipulation est nulle, lorsque le promettant s'est engagé à s'abstenir d'un acte que la morale ou la loi lui commandent d'accomplir. Elle est également nulle, lorsqu'il s'est dépouillé d'une faculté essentielle, comme celle de se marier ou de faire un testament (3).

Mais s'il promet, au contraire, de s'abstenir d'un acte immoral, le contrat est valablement formé (4). Nous trouvons dans un texte de Papinien un exemple bien connu : une femme, au moment de son mariage, se fait promettre par son mari qu'il n'aura plus de relations avec son ancienne concubine (5) ; et elle stipule accessoirement une peine pécuniaire. Le jurisconsulte déclare qu'il n'aperçoit aucun motif pour lui interdire de réclamer le montant de

1. Loi 35, § 1. Dig. XLV, 1.
2. Loi 137, § 6. Dig. XLV. 1.
3. § 2. Paul, III, tit. IV, B.
4. Bufnoir. Théorie de la condition, p. 35.
5. Loi 121, § 1. Dig. XLV, 1.

cette peine, lorsque le mari a manqué à son engagement, puisqu'une pareille promesse, bien loin de blesser les bonnes mœurs, est au contraire destinée à donner une sanction nouvelle à un devoir moral.

CHAPITRE IV

CARACTÈRE ESSENTIELLEMENT PERSONNEL DU LIEN DE DROIT CRÉÉ PAR CETTE STIPULATION

Dans la législation romaine, comme dans notre législation française, les droits et les obligations qui naissent des contrats, se transmettent en général aux héritiers des deux parties. Mais, les jurisconsultes romains admettent une exception à ce principe : et cette exception est relative aux obligations de faire ou de ne pas faire qui ont pris naissance dans un contrat *stricti juris*, c'est-à-dire dans une stipulation.

Lorsque Séius a promis à Titius d'exécuter un fait, le lien de droit qui les unit l'un à l'autre est essentiellement personnel et intransmissible; il s'éteint, dès que l'un des deux contractants vient à disparaître. Les héritiers de Séius ne sont pas tenus d'accomplir le fait promis, et les héritiers de Titius ne peuvent pas en réclamer l'exécution.

Les parties ont cependant un moyen de rendre l'obligation de faire transmissible, tant au point de vue actif qu'au point de vue passif ; il faut pour

cela qu'elles fassent, l'une et l'autre, mention de leurs héritiers dans la formule de la stipulation. Je suppose que Titius veuille obtenir de Séius la faculté de passer sur ses terres ; il lui adressera une interrogation ainsi conçue : *Promittisne per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi heredive meo ire agere liceat ?* (1). De nombreux textes nous montrent que cette précaution était presque toujours employée (2). La *clausula doli* notamment se présentait le plus souvent sous cette forme : *dolum a te heredeque tuo abesse abfuturumque spondes* (3) ?

Ce n'est qu'à cette condition que l'obligation peut se perpétuer et survivre aux deux individus entre lesquels elle s'est formée. Ce n'est qu'à cette condition que l'action peut être accordée aux héritiers du stipulant, ou délivrée contre les héritiers du promettant. C'est ce que prouve de la façon la plus évidente un texte de Paul, qui s'exprime en ces termes : *Si ita stipuler, per te non fieri, quominus mihi heredique meo vindemiam tollere liceat ? etiam heredi datur actio* (4). Il résulte de ce texte que si les mots *heredique meo* n'avaient pas été insérés dans la for-

1. Loi 2, §§ 5 et 6. Dig. XLV, 1.
2. Loi 3 pr. ; Loi 49, § 2 ; Loi 83 pr. ; Loi 85 § 3. Dig. XLV, 1. — Loi 44, § 5. Dig. X, 2.
3. Loi 4 pr. Dig. XLV, 1.
4. Loi 92. Dig. XLV, 1.

mule, le préteur aurait refusé l'action à l'héritier du stipulant.

Il en est tout autrement lorsqu'il s'agit d'une obligation de donner. Celui qui stipule une dation, n'a pas besoin de recourir à toutes ces précautions; l'obligation est naturellement transmissible, sans qu'il soit nécessaire de mentionner expressément dans la formule les héritiers des deux parties. Nous en trouvons la preuve dans la loi 56 au titre *de verborum obligationibus*. Dans ce texte, à propos d'une stipulation ainsi conçue : *te et Titium heredem tuum decem daturum spondes?* le jurisconsulte Julien fait remarquer qu'il était superflu de parler de l'héritier Titius. (1)

Ainsi, l'obligation de donner fait activement et passivement partie du patrimoine, et se transmet avec lui; elle est attachée à la personne juridique du créancier ou du débiteur, tandis que l'obligation de faire, lorsqu'elle a été contractée purement et simplement, est attachée à leur personne physique.

Quelle fut l'origine, quelle fut la cause de cette différence qui parait, au premier abord, bien singulière? On a proposé une première explication, que nous ne trouvons pas pleinement satisfaisante. L'obligation de donner, a-t-on dit, a pour objet un

1. Loi 56. Dig. XLV, 1.

transfert de propriété ; or un transfert de propriété a une valeur *objective*, qui reste constante, quelles que soient d'ailleurs les personnes entre lesquelles elle s'opère. Un même fait au contraire aura une valeur bien différente, suivant qu'il sera exécuté par Titius ou par Séius, par un artisan habile et expérimenté, ou par un ouvrier novice et maladroit. (1) *Inter artifices*, dit Ulpien, *longa differentia est et ingenii, et naturæ, et doctrinæ, et institutionis* (2)... *plerumque robur hominis, ætas temporis, oportunitasque naturalis mutat causam operarum*. (3) En un mot « le fait de l'un n'est jamais absolument équivalent au fait de l'autre. » (4) C'est pour cela, nous dit-on, que l'obligation de faire est essentiellement personnelle.

On pourrait à la rigueur se contenter de cette explication, si l'obligation de faire s'éteignait seulement à la mort du débiteur. Mais nous avons montré qu'elle est également éteinte par la mort du créancier ; et nous ne voyons pas comment on peut parvenir à justifier ce second caractère, avec le système que nous venons d'exposer.

Cette différence entre les obligations de donner et les obligations de faire ne peut s'expliquer, suivant

1. C'est pour cela qu'une promesse de faire est nécessairement incertaine.
2. Loi 31. Dig. XLVI, 3.
3. Loi 26, § 12. Dig. XII, 6.
4. Accarias. Tome II, p. 232, note 2.

nous, que par les exigences du formalisme primitif. Ces deux classes d'obligations, ainsi que nous l'avons déjà dit, étaient garanties et sanctionnées par des actions différentes: les unes, par la *condictio certi*, les autres par la *condictio incerti*. Or la formule de la *condictio certi* contenait seulement deux parties, une *intentio* et une *condemnatio*; celle de la *condictio incerti* renfermait un élément de plus, une *demonstratio*, destinée à faire connaître la cause juridique de l'obligation. C'est la présence de cette *demonstratio* dans la formule, qui mit obstacle à la transmissibilité des obligations de faire. Nous allons voir comment.

Supposons que Titius ait promis de construire une maison, et qu'il soit décédé en laissant pour héritier Séius. Si le magistrat délivre au créancier une action contre cet héritier, la formule de cette action sera nécessairement conçue de la façon suivante : *Quod Aulus Agerius Titium insulam ædificaturum stipulatus est, quidquid paret ex eâ re Seium Aulo Agerio dare facere oportere*..... Ainsi, tandis que la *demonstratio*(1) ne contient que le nom de Titius, le défunt, c'est le nom de Séius, son héritier, qui figure dans l'*intentio* et la *condemnatio*. Et le résultat serait le

1. Nous avons vu plus haut qu'une *demonstratio* était nécessaire dans la *condictio incerti*, précisément à cause du caractère incertain de l'objet du litige.

même, si le créancier était mort, et si son héritier demandait la délivrance d'une action contre le débiteur. Il y avait là un défaut de symétrie, une contradiction, qui devait choquer les vieux juristes romains ; et, pour respecter la logique, ils décidèrent que le préteur refuserait la *condictio incerti*, lorsque l'un des deux contractants serait décédé.

Cette difficulté ne se présentait pas à propos des obligations de donner. Car la formule de la *condictio certi*, ne contenant pas de *demonstratio*, ne faisait aucune allusion à l'acte juridique qui avait donné naissance à l'obligation, et par suite le nom du demandeur ou du défendeur, c'est-à-dire le nom du représentant actuel du créancier ou du débiteur figurait seul dans toutes les parties de la formule.

C'était donc uniquement une question de procédure, une question de forme qui empêchait les obligations de faire, dérivant d'une stipulation, de se transmettre avec le reste du patrimoine. Les jurisconsultes romains, avec leur esprit ingénieux, ne tardèrent pas à découvrir un moyen de tourner la difficulté. Il suffisait de modifier légèrement la formule de la stipulation et d'y introduire les expressions que nous avons indiquées plus haut : *heredemque tuum, heredique meo*. Le magistrat pouvait alors délivrer une formule de *condictio* rigoureusement correcte et ne donnant aucune prise à la critique. Elle

était sans doute conçue en ces termes : *Quod Aulus Agerius Titium heredemque ejus insulam ædificaturum stipulatus est, quidquid paret ex eâ re Seium, Titii heredem, Aulo Agerio dare facere oportere.....* C'est ainsi que, tout en sauvegardant les principes, on donnait satisfaction aux nécessités pratiques.

Telle fut, suivant nous, l'origine, telle fut la raison d'être de cette différence tout arbitraire entre les obligations de donner et les obligations de faire.

Ce système subsistait encore à l'époque classique. Cependant, les jurisconsultes du IIIe siècle en adoucirent singulièrement la rigueur. Ulpien nous apprend que, pour rendre les obligations de faire transmissibles, il n'est plus nécessaire de mentionner d'une façon expresse les héritiers des deux parties dans la formule du contrat. Il suffit de donner à la stipulation une forme impersonnelle. Ainsi, lorsque j'interroge mon futur débiteur en ces termes : *Promittisne te mihi domum ædificaturum?* la créance et la dette restent essentiellement personnelles. Mais si l'interrogation renferme ces simples mots : *Promittisne domum ædificari?* l'obligation sera transmissible et survivra aux deux contractants. Ulpien prend pour exemple la stipulation *Habere licere spondes?* « Ces mots paraissent signifier, dit-il, que nul ne m'empêchera de jouir paisiblement de l'objet indi-

qué. Mais, comme on ne peut pas promettre le fait d'autrui, tout ce qu'a pu faire le promettant, c'est de s'engager lui-même et d'engager du même coup ses héritiers et tous ses successeurs (1). »

Le jurisconsulte donne la même solution à propos de la *clausula doli* : « Si l'on veut se garantir contre le dol du promettant et de ses héritiers, il suffit de l'interroger en ces termes : *dolum abesse abfuturumque spondes?* Mais si l'on veut rendre le promettant responsable du dol des tiers, il est nécessaire d'ajouter une clause pénale (2). » Dans cette hypothèse, c'est probablement le mot *abfuturum*, c'est l'emploi de cet infinitif futur qui rend la dette transmissible. (3)

Les anciennes exigences reparaissent, au contraire, au moins au point de vue de la transmissibilité active, lorsqu'il s'agit de la stipulation *Uti frui licere*. Cette particularité s'explique sans peine, étant donné le caractère personnel et viager du droit d'usufruit. Voici comment Ulpien s'exprime à ce sujet : « Si l'on stipule *Uti frui sibi licere*, cette stipulation ne profite pas à l'héritier du créancier. Et quand même on n'aurait pas ajouté le mot *sibi*, le droit né

1. Loi 38, pr. et § 2. Dig. XLV, 1.
2. Loi 38, § 13. Dig. XLV, 1.
3. Un fragment de Vénuleius, la loi 19 pr. Dig. XLVI, 7, confirme entièrement cette manière de voir.

de cette stipulation d'usufruit ne se transmet pas à l'héritier du stipulant. Il en est autrement si l'on a stipulé *Uti frui licere sibi heredique suo* (1). »

Toutes ces distinctions perdirent sans doute petit à petit leur importance et leur intérêt pratique, et une constitution de Justinien (2) les fit enfin disparaître d'une façon définitive. Nous ne saurions mieux faire que de citer ses propres paroles : *Veteris juris altercationes decidentes, generaliter sancimus omnem stipulationem, sive in dando, sive in faciendo, sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio, sive non..... illâ subtili et supervacuâ scrupulositate explosâ, per quam putabant non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est.* On ne saurait trop approuver Justinien d'avoir accompli cette réforme, et d'avoir enfin débarrassé la législation romaine de ces antiques subtilités, qui avaient perdu toute raison d'être, depuis que le vieux système formaliste s'était écroulé.

Du caractère essentiellement personnel qu'ils attribuaient aux obligations de faire ou de ne pas faire, les jurisconsultes avaient déduit une conséquence qui mérite d'être signalée. Celui qui stipulait un fait, pouvait réserver le bénéfice de cette sti-

1. Loi 38 §§ 10, 11, 12. Dig. XLV, 1.
2. Loi 13 Cod. XXXVIII, 8.

pulation à l'un de ses héritiers, au détriment de tous les autres. Lorsqu'il s'agissait au contraire d'une obligation de donner, le droit de créance se transmettait nécessairement à tous les héritiers du stipulant sans distinction. Un fragment de Vénuleius signale cette différence : *Sciendum est, quod dari stipulemur, non posse* [*nos*] *uni ex heredibus adquiri : sed necesse esse omnibus adquiri; at cum quid fieri stipulemur, etiam unius personam recte comprehendi* (1).

1. L. 137 § 8. Dig. XLV, 1.

CHAPITRE V

LES OBLIGATIONS DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE AU POINT DE VUE DE L'INDIVISIBILITÉ

La loi des Douze Tables avait décidé que les créances et les dettes, faisant partie d'une succession, se diviseraient entre les héritiers en proportion de leur part héréditaire. Mais certaines obligations, par suite de la nature de leur objet, résistaient à cette division légale. De là, la théorie de l'indivisibilité. Nous n'avons pas le dessein d'aborder les innombrables controverses que les jurisconsultes de tous les temps se sont plu à soulever, sous prétexte d'éclaircir cette théorie, et qui n'ont réussi qu'à l'obscurcir davantage. Nous nous proposons seulement de dégager et de mettre en lumière les règles qui étaient propres aux obligations de faire.

Quelles étaient les obligations de faire indivisibles ? Cette indivisibilité avait-elle des conséquences aussi étendues que dans les obligations de donner ? Tels sont les deux points que nous devons tout d'abord examiner. Nous verrons ensuite dans quelle

mesure ces différentes règles peuvent se trouver modifiées par l'adjonction d'une clause pénale.

§ 1er. — Quelles sont les obligations indivisibles ?

Parmi les obligations de donner, les unes sont divisibles, les autres sont indivisibles ; tout dépend de la nature et des caractères de l'objet sur lequel elles portent. En est-il de même des obligations de faire ou de ne pas faire ? Ou bien sont-elles toutes indivisibles sans distinction ? Nous trouvons sur ce point, dans les textes de l'époque classique, deux systèmes différents.

Le premier système, qui est celui de Paul, peut se formuler ainsi : une obligation de faire est divisible ou indivisible, selon que le fait promis est ou non susceptible d'une exécution partielle. Ainsi, l'obligation de construire une maison, d'élever un théâtre, est indivisible ; car un ouvrage de cette nature, *opus*, ne peut être propre à sa destination que s'il est achevé (1). Au contraire, lorsque la stipulation a pour objet un certain nombre de journées de travail *(operæ)*, elle se divise, comme si elle portait sur une certaine quantité de choses fongibles (2). La stipulation par laquelle je m'engage à ratifier l'acte

1. Loi 85 § 2. Dig. XLV, 1. — Loi 80 § 1. Dig. XXXV, 2.
2. Loi 54 § 1, Dig. XLV, 1.

qu'un tiers a fait en mon nom, produit également une obligation divisible (1). Nous reconnaîtrons encore ce caractère à l'obligation de livrer la possession d'un immeuble, *fundum tradi*.

On applique, dans ce système, la même distinction aux promesses de ne pas faire. C'est une obligation indivisible qui dérive de la stipulation *per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat* (2). Car, dès l'instant que l'un des héritiers du débiteur empêche le créancier de passer, l'abstention de tous les autres héritiers ne lui sert à rien. Au contraire, l'obligation de ne pas intenter une nouvelle action, *amplius non agi*, est parfaitement divisible.

Le principe qui domine toutes ces solutions a été exprimé de la façon la plus heureuse par Bartole : *Ea sunt dividua facta*, dit-il, *quæ si pro parte compleantur, tantam afferant utilitatem respectu partis, quantam afferat totum si compleatur respectu totius*. Pour qu'une obligation de faire soit divisible, il faut que l'exécution partielle du fait promis puisse procurer au créancier, dans une mesure restreinte, l'avantage que lui procurerait d'une façon complète l'exécution intégrale. Tel est le système du jurisconsulte Paul ; il est assurément fort rationnel, et c'est celui

1. Loi 44 § 6, Dig. X, 2. — Loi 4 § 1, Dig. XLV, 1.
2. Loi 44 § 5, Dig. X, 2. — Loi 2 § 5 ; Loi 4, pr. ; Loi 85 § 3 Dig. XLV, 1.

qui est admis aujourd'hui par tous les interprètes du Code civil.

Cependant, une doctrine différente s'était produite dans le droit romain ; et le défenseur de cette doctrine ne manque pas d'autorité : car il n'est autre qu'Ulpien. Suivant Ulpien, toutes les obligations de faire ou de ne pas faire sans distinction sont indivisibles.

Pour se convaincre que telle est bien son opinion, il suffit de lire sans parti pris la loi 72 pr. au titre *de verborum obligationibus*.

Voici le texte de cette loi : *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quæ divisionem non recipiunt : veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, cæterarumque servitutium. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus est : utputa fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile : horum enim divisio corrumpit stipulationem.* (1) Ainsi, Ulpien commence par déclarer d'une façon générale que les obligations de faire ne sont pas susceptibles de division. Puis, pour donner des exemples, il cite précisément les obligations que les partisans de la doctrine opposée considèrent comme divisibles, l'obligation de livrer un fonds de terre, l'obligation de fournir un certain nombre de journées de travail (2). Nous sommes

1. Loi 72, pr. Dig. XLV, 1.
2. Voir l'analyse de l'ouvrage de M. Rubo, faite par M. Guis, dans la Revue Fœlix. 1841, pages 148 et 971.

donc obligés de reconnaître que Paul et Ulpien ont soutenu sur ce point deux opinions différentes.

C'est ce que la plupart des interprètes du droit romain ne veulent pas admettre. Dumoulin (1), M. de Savigny (2), M. Accarias (3) prétendent qu'Ulpien professait la même doctrine que Paul : il acceptait, disent-ils, les distinctions proposées par Paul, et notamment il considérait comme divisibles la stipulation *fundum tradi* et la stipulation *operarum*.

Mais alors comment expliquer le texte de la loi 72 ? Pourquoi Ulpien a-t-il cité ces deux obligations comme exemples d'obligations indivisibles ? Les partisans de ce système nous répondent qu'il se référait sans doute à une hypothèse spéciale dans laquelle ces obligations devenaient par exception indivisibles. Il supposait, dit M. de Savigny, que ces deux stipulations étaient accompagnées d'une stipulation de peine ; il faut lire le texte de la façon suivante : *utputa fundum tradi, et nisi traditus erit, centum dari*. Et comme l'adjonction d'une clause pénale avait pour effet de rendre indivisible l'obligation qu'elle garantissait, (4) la contradiction apparente

1. Dumoulin, Extricatio labyrinthi... IIe partie, no 278.
2. Savigny. Le droit des obligations, t. I, p. 372.
3. Accarias, tome II, p. 251, note 2.
4. Nous verrons plus loin que nous n'acceptons pas cette doctrine en ce qui concerne les obligations de faire ou de ne pas faire.

entre la doctrine d'Ulpien et celle de Paul se trouve écartée. (1)

Cette interprétation est fort ingénieuse. Mais, malgré l'autorité de ses défenseurs, nous ne croyons pas pouvoir l'accepter. Nous ne pouvons pas admettre qu'Ulpien, en donnant ces exemples, ait oublié de mentionner cette circonstance spéciale ; nous ne pouvons pas admettre qu'il ait oublié précisément les mots les plus importants, ceux qu'il était indispensable de ne pas omettre. Il ne nous semble pas possible de prêter à ce grand jurisconsulte une distraction aussi inexcusable.

Prenons donc notre texte dans son sens naturel et bornons-nous à constater qu'Ulpien considérait toutes les obligations de faire comme indivisibles. Cette opinion peut s'expliquer dans une certaine mesure (2). Comme, avec la division matérielle ou physique, on n'obtient jamais des portions absolument identiques et de même valeur, et comme, d'autre part, un fait n'est pas susceptible de division immatérielle, on peut être amené à dire que tous les faits sont indivisibles. Mais ce point de vue est

1. Dumoulin proposait une interprétation différente. Voir Pothier. Traité des obligations, n° 295. — Il paraît qu'au moyen-âge ou au XVI[e] siècle, il s'était produit dix-sept systèmes pour l'explication de cette loi.

2. Molitor. Les obligations en droit romain, t, I, n° 234

exclusif, et le système de Paul était certainement préférable au système d'Ulpien.

§ 2.— **Quelles sont les conséquences de cette indivisibilité ?**

Le débiteur qui avait contracté une obligation indivisible, est décédé en laissant plusieurs héritiers. Quelle va être la situation de ces héritiers?

Dans les obligations de donner, l'indivisibilité produit un double effet. En premier lieu, si l'un des héritiers veut prévenir les poursuites du créancier, en accomplissant volontairement l'obligation, il doit l'exécuter intégralement pour se libérer. En second lieu, à défaut d'exécution volontaire, chacun des héritiers peut être poursuivi et condamné pour le tout (1).

Mais lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire ou de ne pas faire, les effets de l'indivisibilité sont bien plus restreints. Sans doute, elle met obstacle à ce qu'un des héritiers se libère par une exécution partielle. Mais, lorsque le créancier, ne pouvant pas obtenir la prestation du fait indivisible qu'il a stipulé, intente une action en justice, chacun des héritiers ne peut être condamné que pour partie (2). En effet, nous avons vu que, dans le droit de l'épo-

1. Loi 25 § 10, Dig. X, 2.

2. Cujas, t. I, c. 1211 et c. 1223. — Doneau. t. XI, c. 1212 etc. 1214. — De Vangerow, t. III, § 567. — Molitor. Les obligations en droit romain, t. I, n° 246.

que classique, l'obligation de faire a pour objet principal le montant des dommages et intérêts. Le fait n'est, à vrai dire, qu'une *facultas solutionis,* et lorsque le créancier actionne le débiteur, c'est le montant des dommages et intérêts qu'il réclame, c'est-à-dire une somme d'argent. Voilà pourquoi la poursuite et la condamnation doivent nécessairement se diviser. En un mot, les obligations de faire ou de ne pas faire peuvent être indivisibles au point de vue de l'exécution volontaire : mais au point de vue de la condamnation, elles sont toutes également divisibles.

C'est ce que nous dit Ulpien dans la célèbre loi 72, à laquelle nous revenons sans cesse. Après avoir déclaré que toutes les obligations de faire sont indivisibles, il ajoute : Toutefois, ainsi que l'ont enseigné Tubéron et Celsus, l'obligation de faire, en cas de défaut d'exécution, se transforme en une dette d'argent ; en sorte qu'elle est susceptible de division au point de vue de la poursuite et de la condamnation (1).

Le système que nous venons d'exposer était admis par les grands romanistes du XVI[e] siècle. Voici comment s'exprime Cujas, dans son commentaire de la loi 72 : *Additur etiam in hac lege factum non posse dividi, ut si stipuler vacuam possessionem tradi,*

1. Loi 72, pr. Dig. XLV, 1.

vel domum ædificari... Æstimatio tamen facti et id quod interest dividi potest... Æstimationis quanti ea res est petitionem esse hoc loco ait aperte (1). Le langage de Doneau est encore plus explicite : *In faciendi obligationibus, si factum non sit, quod promissum est, pecuniam dari oportet, æstimationem nimirum ejus quod interest, quod stipulatione continetur. Omnis autem dandi, sed præcipue pecuniæ, et quantitatis stipulatio divisionem seu partis præstationem recipit* (2).

Cette doctrine a été vivement combattue par M. de Savigny. (3) Suivant lui, il n'y a point de différence, au point de vue de l'indivisibilité, entre l'obligation de faire et l'obligation de donner : dans un cas comme dans l'autre, chacun des héritiers peut être poursuivi et condamné aux dommages et intérêts pour la totalité de la dette. M. de Savigny se fonde sur un certain nombre de textes où il est dit, à propos d'obligations de faire indivisibles, que chacun des héritiers est tenu pour le tout, *tenentur in solidum* (4).

Nous pouvons aisément écarter cette objection. Ces mots *tenentur in solidum* se rapportent à l'exécution volontaire de l'obligation : ils signifient que

1. Cujas, tome I, c. 1211 et c. 1223.
2. Doneau. t. XI, c. 1212 et c. 1214.
3. De Savigny. Le droit des obligations, tome I, p. 398. — Accarias, t. II, p. 255.
4. Loi 80 § 1. Dig. XXXV, 2. — Loi 85 § 2. Dig. XLV, 1.

celui des héritiers qui désire se libérer doit procurer une satisfaction complète au créancier (1). Mais ils n'ont pas trait à la condamnation pécuniaire à laquelle aboutissent les poursuites judiciaires.

Nous croyons donc pouvoir dire que, dans les obligations de faire ou de ne pas faire, l'indivisibilité a pour unique effet de mettre obstacle à une exécution volontaire partielle.

§ 3. — Ces règles sont-elles modifiées par l'adjonction d'une clause pénale ?

Dans les obligations de donner, la présence d'une stipulation de peine peut exercer un double résultat, relativement à l'indivisibilité.

Elle a d'abord pour effet de rendre indivisibles, au point de vue du paiement, les obligations qui sont naturellement divisibles. Titius a promis, par exemple, une somme d'argent, et, pour le cas où il ne paierait pas à l'échéance, il a promis une somme plus forte à titre de peine. Il meurt, laissant plusieurs héritiers. L'un de ces héritiers veut-il se libérer ? Il ne peut le faire, il ne peut se mettre à l'abri de la peine, qu'en payant l'intégralité de la dette (2). Un paiement partiel ne lui servirait à rien. Car si ses

1. Dans la loi 85, Dig. XLV, 1., ces mots *in solidum tenentur* sont suivis de ceux-ci : *quia operis effectus in partes scindi non potest.*

2. Loi 25 § 13, Dig. X, 2. — Loi 5 § 3, Dig. XLV, 1.

cohéritiers ne payaient pas le surplus, la peine serait encourue, et encourue par tous : elle le frapperait au même titre que les autres. Pour comprendre cette règle, il faut se rappeler quel était, en droit romain, le caractère de la clause pénale. Elle se présentait comme une stipulation conditionnelle, dont l'objet de l'obligation principale formait la condition. Or, comme une condition est en général indivisible dans son accomplissement (1), comme une condition qui ne s'accomplit pas complètement, est réputée défaillante, cet objet devenait indivisible, à raison du rôle qu'il jouait dans cette stipulation accessoire.

A l'inverse, la stipulation de peine qui garantit une obligation de donner, a pour effet de rendre divisible, au point de vue de la condamnation, l'obligation qui aurait été indivisible, si elle avait été contractée purement et simplement. Ainsi Titius a promis de constituer une servitude : chacun de ses héritiers peut être poursuivi et condamné aux dom mages et intérêts pour le tout, *in solidum*. Mais si Titius a promis accessoirement une peine, chacun des héritiers ne peut être condamné à payer qu'une partie de cette peine correspondant à sa portion héréditaire. Tels sont les deux effets de la stipulation de peine dans les obligations de donner.

1. Loi 56, Dig. XXXV, 1.

Dans les obligations de faire ou de ne pas faire, l'adjonction d'une clause pénale ne produit aucun de ces deux résultats. Quant au second, il est facile de comprendre pourquoi il ne peut pas se produire, puisque, au point de vue de la condamnation, ainsi que nous l'avons vu plus haut, les obligations de faire sont toutes et toujours divisibles.

Nous croyons pouvoir démontrer que le premier résultat ne se produit pas davantage. Suivant nous, lorsqu'une obligation de faire divisible a été corroborée par une stipulation de peine, elle reste divisible : un des héritiers peut se libérer en exécutant, pour sa part, le fait promis ; et lorsque la peine est encourue, elle frappe seulement ceux qui ont contrevenu à l'obligation principale.

C'est ce qui nous paraît résulter de la façon la plus claire d'un texte de Paul, la loi 4 au titre *de verborum obligationibus* (1). Voici, en substance, ce que cette loi contient : « D'après Caton, lorsqu'une peine pécuniaire a été promise comme sanction d'une obligation de faire, et lorsque l'un des héritiers du promettant a contrevenu à l'obligation, tantôt la peine est encourue par tous, tantôt elle est encourue seulement par le coupable. Elle est encourue par tous, si le fait promis est indivisible, par exemple

1. Loi 4 § 1, Dig. XLV, 1.

dans la stipulation *iter fieri*. Si, au contraire, le fait promis est susceptible de division, comme dans la stipulation *amplius non agi*, celui-là seul qui a contrevenu à l'obligation encourra la peine, et il l'encourra seulement pour sa part héréditaire. » On a voulu soutenir qu'il ne fallait voir là qu'une opinion isolée : Paul se serait contenté de reproduire la doctrine de Caton, tout en la considérant comme inexacte. Mais il n'y a pas un seul mot dans le texte qui indique une pensée de désapprobation. Bien loin de critiquer ce système, Paul, qui commence par faire parler Caton, prend la parole pour son propre compte, à partir des mots *sed videamus*, montrant par là qu'il adopte et qu'il s'approprie la distinction proposée.

D'ailleurs, un autre texte achève de nous convaincre que tel est bien son sentiment (1). Il suppose, dans la loi 85, § 3, une stipulation ainsi conçue : *per te heredemve tuum non fieri, quominus eam agam : si adversus ea factum sit, tantum dari.* « Si le débiteur, dit-il, a laissé plusieurs héritiers, et si l'un de ces héritiers m'empêche de passer, je me range à l'opinion de ceux qui pensent que par le fait d'un seul tous sont tenus ; car, bien que l'obstacle vienne d'un seul, ce n'est cependant pas pour partie seu-

1. Loi 85 § 3. Dig. XLV, 1.

lement que je suis empêché de passer. » Paul admet donc que, dans cette hypothèse, la peine est encourue par tous. Mais pourquoi l'admet-il? il nous le dit lui-même : c'est parce que, dans une obligation de cette nature, une exécution partielle ne peut pas satisfaire le créancier ; en d'autres termes, c'est parce que cette obligation est indivisible. Par conséquent, s'il s'agissait d'une obligation de faire divisible, il donnerait certainement une solution tout opposée.

Ces deux textes nous autorisent à décider que les obligations de faire divisibles ne changent pas de nature, lorsqu'elles sont garanties par une stipulation de peine.

Il est assez difficile d'expliquer pourquoi la législation romaine a établi une différence, à ce point de vue, entre les obligations de donner et les obligations de faire. Voici, suivant nous, l'hypothèse la plus vraisemblable. Lorsque la stipulation de peine accompagnait une obligation de donner divisible, les jurisconsultes, interprétant l'intention des parties, supposaient que le stipulant avait eu recours à cette clause pénale dans le but d'écarter les inconvénients résultant de la divisibilité. Mais lorsqu'il s'agissait d'une obligation de faire, il était difficile de prêter aux contractants une pareille pensée. En effet, comme les stipulations qui avaient

pour objet un fait ou une abstention, étaient habituellement accompagnées d'une stipulation de peine, on devait présumer que les parties n'avaient pas eu d'autre intention que de se conformer à l'usage, et de fixer à l'avance le montant des dommages et intérêts.

CHAPITRE VI

DES ACTIONS QUI GARANTISSENT LES OBLIGATIONS DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE NÉES D'UNE STIPULATION

Celui qui a stipulé un fait ou une abstention, possède, pour faire valoir son droit en justice, la *condictio incerti*.

Cette *condictio*, que les textes désignent fréquemment sous le nom d'*actio ex stipulatu*, lorsqu'elle est mise en mouvement en vertu d'une stipulation (1), diffère de la *condictio certæ pecunia* et de la *condictio de aliâ certâ re* par la rédaction de sa formule, qui renferme le mot *facere* Ainsi que nous l'avons dit dans un chapitre précédent, c'est la moins ancienne des trois *condictiones*, c'est par suite du progrès des idées juridiques qu'elle est venue se placer à côté des deux actions primitives, dont la formule ne renfermait que le mot *dare*, et dont l'objet était aussi certain que celui de la revendication.

Il serait intéressant de rechercher dans quelle

1. pr. Instit. III, 15.

mesure la nature et les effets de la *condictio* se sont trouvés modifiés par l'introduction dans la formule de cet élément nouveau, le *facere*. Sans aller jusqu'à soutenir, comme M. Maynz (1), que la *condictio incerti* était une action de bonne foi, nous pourrions montrer qu'elle se rapprochait, par certains côtés, des actions de bonne foi, et qu'elle formait comme une transition entre ces actions et les vieilles actions de droit strict (2). Mais il ne nous est pas permis d'aborder cette étude qui nous éloignerait des obligations de faire ou de ne pas faire.

Ces obligations, lorsqu'elles avaient été contractées sous la forme d'une stipulation, avaient donc pour sanction naturelle et normale la *condictio incerti*. Elles pouvaient aussi donner lieu à l'exercice d'une *condictio certæ pecuniæ*. Il en était ainsi tout d'abord, lorsque la stipulation portant sur un fait ou une abstention, avait été accompagnée d'une

1. Maynz, Cours de Droit romain, t. I, § 138 et t. II, §§ 280 et 331.

2. Tout d'abord la *plus petitio* n'était pas possible dans la *condictio incerti*. De plus, pour prononcer la condamnation, le juge, au lieu d'évaluer la valeur intrinsèque de l'objet de l'obligation, comme dans la *condictio certi*, devait apprécier le préjudice causé au demandeur par l'inexécution. Loi 22 Dig. XII, 1. — Lois 3 et 4 Dig. XIII, 3. — Loi 193 Dig. L. 16. — L'estimation était *objective* dans la *condictio certi* : elle était au contraire *subjective* dans la *condictio incerti*. (Jhering. L'Esprit du Droit romain, tome II, pages 109 et 111).

stipulation de peine. Mais, alors même que le fait avait été stipulé purement et simplement, le créancier pouvait demander au magistrat la délivrance d'une *condictio certæ pecuniæ*.

En effet, le domaine de cette *condictio* dont le mécanisme répondait si bien aux idées romaines, avait été singulièrement élargi par les jurisconsultes. On pouvait l'employer en vertu de toute obligation contractuelle, quel que fût d'ailleurs l'objet de l'obligation, quelle que fût la nature du contrat qui lui avait donné naissance. Au lieu de laisser au juge le soin d'évaluer le montant des dommages et intérêts, le créancier pouvait faire lui-même cette évaluation à ses risques et périls ; il pouvait préciser le chiffre de la condamnation pécuniaire à laquelle il croyait avoir droit, et réclamer cette somme au moyen d'une *condictio certi* (1). Sans doute, il agissait alors *cum periculo*, il s'exposait aux dangers de la *plus petitio*. Mais, en revanche, il évitait l'arbitraire du juge, et il pouvait exiger de son adversaire la *spontio tertiæ partis*.

Cette doctrine s'appuie sur un texte d'Ulpien, la

1. Accarias, t. II, p. 1166. — Maynz. Cours de droit Romain, tome II, § 195. — M. Keller (Traité des actions, p. 431) pense que cette règle n'a été établie qu'à la fin de l'époque classique. Mais un passage de Cicéron, bien souvent cité, semble montrer qu'elle était déjà admise de son temps. (De Oratore I, 36.)

loi 9 au titre *de rebus creditis* (1): « La *condictio certi*, dit ce jurisconsulte, peut être légalement donnée en vertu de toute cause, en vertu de toute obligation, pourvu que le créancier réclame une chose certaine: qu'il s'agisse d'un contrat certain, ou d'un contrat incertain, cela importe peu. Car il nous est loisible d'exercer la *condictio incerti* en vertu de toute espèce de contrat, pourvu que l'obligation soit actuellement exigible; mais si elle est affectée d'un terme ou d'une condition, nous ne pouvons pas agir avant l'arrivée du terme ou de la condition. »

M. de Savigny (2), prétend que cette faculté d'user de la *condictio certi* n'était accordée qu'autant que l'obligation avait par elle-même un objet certain. Mais, le texte contient un membre de phrase qui ne nous permet pas d'admettre cette interprétation: *Sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto*. M. de Savigny est obligé de traduire ces expressions de la manière suivante: soit qu'il s'agisse d'un contrat portant un nom spécial, soit qu'il s'agisse d'un contrat innommé. Mais il ne peut citer aucun autre texte qui emploie ces mots *contractus certus, contractus incertus*, avec une pareille acception.

1. Loi 9 pr. Dig. XII, 1.
2. Savigny. Traité de Droit romain. T. V. Appendice XIV.

D'ailleurs, notre système se trouve confirmé par des scholies de Cyrille et de Stéphane qui suivent, aux Basiliques, le texte de la loi 9. Stéphane s'exprime ainsi : *Dici autem potest in stipulationibus quæ in faciendo consistunt posse quem, æstimatione per se facta quod interest, certum condicere.*

Nous croyons (1) donc pouvoir dire que le créancier qui avait stipulé un fait, avait le choix entre la *condictio incerti* et la *condictio certæ pecuniæ*.

Il nous reste un dernier point à examiner. Lorsque le stipulant se servait de la *condictio incerti*, à quel résultat aboutissait cette action ? En d'autres termes, quelle était, en droit romain, la sanction des obligations de faire ou de ne pas faire ?

Si nous nous plaçons à l'époque classique, la réponse n'est pas douteuse. A cette époque, en effet, le créancier ne peut jamais obtenir autre chose qu'une réparation pécuniaire, même lorsqu'il s'agit de l'obligation de donner un esclave ou un fonds de terre. A plus forte raison, la condamnation doit toujours être pécuniaire, dans l'obligation de faire ou de ne pas faire, puisque cette obligation, ainsi que nous l'avons montré, a en réalité pour objet le montant des dommages et intérêts (2).

1. Nous pourrions encore invoquer deux textes du Digeste : la loi 5 Dig. XLIV, 2, et la loi 28 § 4. Dig. XII, 2.

2. Loi 13 § 1. Dig. XLII, 1.

Au temps de Justinien, bien des changements se sont produits, à ce point de vue, dans la législation. Tout d'abord la nature de l'obligation de faire s'est modifiée : le fait n'est plus seulement *in facultate solutionis*, il est *in obligatione* ; la créance, l'action n'ont pas d'autre objet. En second lieu, le principe des condamnations exclusivement pécuniaires a disparu pour faire place au principe de l'exécution spécifique. Par conséquent, rien ne s'oppose désormais à ce que le juge condamne directement le débiteur à faire ou à ne pas faire. C'est ce que nous dit, en effet, une constitution de Justinien (1).

Toutefois, cette règle nouvelle pouvait-elle s'appliquer d'une façon absolue à toutes les obligations de faire ou de ne pas faire ? Il est permis d'en douter. On fut sans doute amené, par la force même des choses, à admettre une distinction qui est aujourd'hui consacrée par le Code civil. Lorsque le fait promis était personnel au débiteur, lorsque lui seul pouvait l'accomplir, l'exécution forcée était impossible, puisqu'on n'aurait pu l'obtenir qu'en exerçant une contrainte matérielle sur la personne du débiteur. Le créancier devait se contenter d'un dédommagement pécuniaire. Les anciens principes continuaient à régir cette hypothèse, et le texte de

1. Loi 14, Cod. VII, 45.

Celsus trouvait alors son application : *in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.*

Au contraire, lorsque le fait promis pouvait être accompli par d'autres que le débiteur, sans préjudice appréciable pour le créancier, celui-ci pouvait se faire autoriser par le juge à exécuter lui-même ou à faire exécuter l'obligation aux frais du débiteur. On appliquait aux obligations de cette nature la règle nouvelle posée par Justinien.

Ainsi commençait à se former une doctrine qui devait achever de s'élaborer dans les ouvrages de nos anciens auteurs, pour aboutir aux articles 1142, 1143 et 1144 du Code civil.

DROIT FRANÇAIS

DU

RETRAIT D'INDIVISION

INTRODUCTION

Le régime de communauté, lorsqu'on le considère dans son ensemble, présente comme deux aspects, comme deux faces différentes, on en a fait depuis longtemps la remarque. Le législateur, en réglant la situation respective des époux sous ce régime, obéit à deux tendances opposées qui se corrigent et se complètent l'une l'autre.

Il commence par investir le mari des pouvoirs les plus étendus. Il lui donne le gouvernement de la communauté, non pas comme à un gérant tenu de rendre compte, mais comme à un maître irresponsable. Le patrimoine de la communauté est presque la chose du mari, tant que dure le mariage : il peut en disposer, il peut le dissiper, le compromettre, même par ses fautes et ses délits. La loi va plus loin en-

core : elle lui confère le droit d'administrer la fortune propre de la femme ; de telle sorte que tous les biens du ménage se trouvent réunis entre les mains du mari qui en a la direction et la jouissance.

Mais le législateur, après avoir placé la femme dans un pareil état d'infériorité et de dépendance, après l'avoir dépouillée de toute initiative quant à ses biens propres, de tout contrôle quant à la gestion de la communauté, a introduit en sa faveur un certain nombre de priviléges qui rétablissent l'équilibre. Système des récompenses, hypothèque légale, droit de renoncer à la communauté, bénéfice d'émolument, séparation de biens judiciaire : la loi qui tout à l'heure multipliait les pouvoirs aux mains du mari, multiplie maintenant les sûretés et les garanties au profit de la femme.

Le *retrait d'indivision*, qui fait l'objet de cette étude, est un de ces priviléges, une de ces garanties exorbitantes qui servent de contrepoids aux pouvoirs exorbitants, eux aussi, dont le mari est investi sous le régime de communauté.

Ce bénéfice organisé par l'article 1408 § 2 du Code civil, et généralement connu sous le nom de Retrait d'Indivision, consiste en un certain *droit d'option* exceptionnellement conféré à la femme. Le mari se rend acquéreur d'un immeuble dont elle était

propriétaire par indivis : telle est l'hypothèse. Quelle sera la condition juridique de cet immeuble ? Sera-t-il un bien propre ? Sera-t-il un bien de communauté ? Par une dérogation étrange au droit commun, la loi ne tranche pas cette question. C'est à la femme qu'il appartient de fixer, suivant sa convenance, le sort de ce bien. Par une faveur spéciale, elle est maîtresse d'en faire, à son gré, un propre ou un conquêt.

Comme toutes les garanties que la loi organise au profit de la femme mariée, et particulièrement au profit de la femme commune, ce droit d'option répond à une pensée de défiance vis-à-vis du mari. Le danger que le législateur redoute, dans notre hypothèse, est d'une nature toute spéciale. Il craint que le mari ne se serve de son autorité et de son influence pour empêcher la femme d'acquérir elle-même, en son nom personnel, l'immeuble dont elle était déjà propriétaire pour une part indivise. Tel est l'abus de pouvoir dont le législateur a entendu la préserver en lui conférant ce droit d'option exceptionnel.

Quel intérêt aurait donc la femme à faire elle-même cette acquisition ? Et quel intérêt le mari peut-il avoir à l'en détourner ? C'est ce qu'il nous faut maintenant préciser.

Si la femme qui possède déjà une portion indivise, un quart, une moitié d'un immeuble, faisait

elle-même l'acquisition des parts de ses copropriétaires, ou bien se portait elle-même adjudicataire de la totalité de l'immeuble, cette opération aurait pour résultat de lui constituer un bien propre ; l'immeuble ainsi acquis ne tomberait pas dans la communauté. Aux termes de l'article 1408 — § 1, lorsque l'un des deux époux acquiert à titre onéreux, au cours du mariage, un immeuble dont il possédait antérieurement une part indivise, au lieu de former un conquêt, comme l'exigeraient les principes généraux du régime de communauté, cet immeuble forme un propre pour l'époux acquéreur. « L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de « licitation ou autrement, de portion d'un immeu- « ble dont l'un des époux était propriétaire par in- « divis, ne forme point un conquêt ; sauf à indem- « niser la communauté de la somme qu'elle a four- « nie pour cette acquisition. »

Mais, le mari peut avoir intérêt à empêcher sa femme de faire cette acquisition, qui aurait pour résultat de lui créer un propre. Car, s'il réussit à l'en dissuader, il pourra se porter lui-même acquéreur de l'immeuble, en son nom personnel. De cette façon, la disposition de l'article 1408-1° ne pourra pas s'appliquer, et l'opération, si elle est avantageuse, profitera à la communauté, et par suite au mari.

Il conseillera donc à sa femme de ne pas acheter les parts de ses copropriétaires, de ne pas se porter adjudicataire. Il lui représentera que cette acquisition n'est pas sans danger : « Il vaut mieux, lui dira-t-il, que je la fasse en mon nom personnel, à mes risques et périls, aux risques et périls de la communauté. Ne compromettez point votre patrimoine propre : laissez-moi faire. » Et le plus souvent la femme qui, sous le régime de la communauté, est tenue à l'écart de l'administration de ses biens, et qui a l'habitude de s'en remettre à son mari pour tout ce qui concerne ses intérêts pécuniaires, ne pourra guère contrôler ces assertions. Elle accèdera sans défiance aux désirs de son mari. Ainsi, le mari aura profité de sa situation de chef du ménage et de l'ascendant naturel qu'il exerce sur l'esprit de sa femme, pour l'empêcher de bénéficier de la disposition écrite dans l'article 1408-1°.

Il fallait mettre la femme à l'abri d'un pareil abus de pouvoir. Un premier moyen s'offrait au législateur : il pouvait décider que cette acquisition, bien qu'elle fût faite par le mari en son nom personnel, serait réputée faite au nom et pour le compte de la femme, et que le bien acquis lui serait propre. Mais cette solution, en préservant la femme du péril dont nous venons de parler, l'eût exposée à un danger d'une autre nature. Il eût été loisible au

mari de lui imposer une acquisition désavantageuse, et de compromettre son patrimoine propre par une opération à laquelle elle n'aurait pas participé.

Quel caractère fallait-il donc attribuer à cet immeuble que le mari acquiert, au cours du mariage, en son nom personnel, et qui appartenait par indivis à la femme ? Il était dangereux, nous venons de le voir, d'en faire *a priori* un conquêt de communauté ; il était dangereux aussi d'en faire *a priori* un propre de la femme. Entre ces deux partis extrêmes, il restait une solution intermédiaire qui assurait une pleine garantie aux intérêts de la femme : c'est celle que les rédacteurs du Code civil ont consacrée. Au lieu de déclarer que cet immeuble sera un propre ou qu'il sera un conquêt, la loi accorde à la femme un droit d'option. Si l'acquisition est avantageuse, elle en revendiquera pour elle-même les bénéfices. Si l'opération est mauvaise, elle la laissera à la charge de la communauté. Et elle ne sera tenue de prendre un parti qu'à la dissolution de la communauté, car c'est alors seulement qu'elle recouvre toute son indépendance. Tels sont les traits généraux de l'institution qui est organisée par l'article 1408-2e § du Code civil.

« Dans le cas où le mari deviendrait seul, et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire de

portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolution de la communauté, a le choix ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble, en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition. »

Sans doute, la disposition légale dont nous entreprenons l'étude, n'a qu'une portée restreinte, et son application pratique n'est pas très-fréquente. Mais, au point de vue doctrinal, à raison des principes juridiques qu'elle met en jeu et des controverses nombreuses qu'elle soulève, cette disposition nous semble mériter un examen approfondi.

Nous retracerons d'abord l'histoire de ce droit d'option. Puis nous essaierons de déterminer d'une façon précise sa nature juridique, et de justifier ce titre de *Retrait d'Indivision* que nous avons placé en tête de notre travail.

Nous nous demanderons ensuite sur quoi porte ce droit d'option ; à quelles conditions il peut être exercé ; par qui il peut être exercé ; à quelle époque il doit être exercé ; quels en sont les effets.

Enfin, nous aurons à rechercher si cette institution est spéciale au régime de communauté, ou s'il est, au contraire, permis de l'étendre aux autres régimes matrimoniaux.

CHAPITRE PREMIER

HISTOIRE DU DROIT D'OPTION CONFÉRÉ A LA FEMME.

L'idée d'un droit d'option accordé à la femme, qui nous semble aujourd'hui si simple, ne devait pourtant se faire jour que fort tard, et après bien des tâtonnements. Le législateur n'est pas arrivé du premier coup à concevoir et à organiser cette mesure de protection si complète et si sage. Il s'est d'abord arrêté à un système différent, que nous avons indiqué dans nos explications préliminaires, système imparfait et défectueux, puisqu'en protégeant la femme contre certains périls, il l'expose à des dangers d'une autre nature. Sa première pensée fut, en effet, de dépouiller le mari des portions indivises dont il avait fait l'acquisition, pour les attribuer à la femme, et pour les lui attribuer même contre son gré. Au lieu de lui offrir cet accroissement de propriété, on le lui imposait; elle ne pouvait pas s'y dérober.

Telle fut la règle établie par le droit romain ; et ce premier système, le système de la *propriété im-*

posée à la femme, est resté longtemps en vigueur avant de faire place au *système du droit d'option*.

Chose étrange ! Cette institution qui aujourd'hui semble étroitement liée au régime de communauté, a pris naissance en plein régime dotal, et la disposition de notre article 1408-2° a son origine dans une loi romaine.

C'est la loi 78, § 4, au Digeste, *De jure dotium*, qui s'exprime en ces termes : « Si fundus communis in dotem datus erit, et socius egerit cum marito communi dividundo, adjudicatusque fundus socio fuerit, in dote erit quantitas, qua socius marito damnatus fuerit....... Quod si marito fundus fuerit adjudicatus, pars utique data in dotem dotalis manebit ; divortio autem facto, sequetur restitutionem, propter quam ad maritum pervenit, etiam altera portio, scilicet ut recipiat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex condemnatione socio : nec audiri debebit alteruter eam æquitatem recusans ; aut mulier in suscipiendâ parte alterâ quoque, aut vir in restituendâ. »

Le jurisconsulte Tryphoninus suppose dans ce texte qu'une femme a apporté en dot à son mari une portion indivise d'un immeuble. Le copropriétaire exerce contre le mari l'action en partage. Si l'immeuble est adjugé à ce copropriétaire, la somme d'argent qu'il verse entre les mains du mari, remplace

le fonds apporté par la femme et devient dotale. Si l'immeuble est adjugé au mari (c'est bien notre hypothèse), la portion indivise apportée en dot reste dotale. Mais quel va être le sort de l'autre portion? Le jour de la dissolution du mariage, le mari qui l'a acquise en son nom personnel et payée de ses deniers, pourra-t-il la conserver ? Point du tout : il devra la restituer à sa femme, sauf à se faire rembourser la somme qu'il a dû payer au copropriétaire écarté. Il est donc dépouillé par la loi de ce qu'il a acquis, il en est dépouillé au profit de sa femme. Et celle-ci n'a rien qui ressemble à notre droit d'option : si son mari ne peut pas refuser de lui restituer l'immeuble tout entier, de son côté, elle ne peut pas refuser de s'en charger. Ils ne peuvent, ni l'un ni l'autre, se dérober à cet arrangement qui est équitable aux yeux de la loi, et qu'elle leur impose : *nec audiri debebit alteruter eam æquitatem recusans*.

Propriété retirée au mari et imposée à la femme, point de droit d'option pour celle-ci ; voilà sous quels traits nous apparaît, à son origine, l'institution qui deviendra un jour le retrait d'indivision.

Elle diffère encore à un autre point de vue de notre institution actuelle. Dans le système organisé par la loi 78, le mari, après avoir acquis la portion indivise du copropriétaire, conserve, jusqu'à la dis-

solution du mariage, la faculté de priver sa femme du droit d'accroissement, en aliénant cette portion ou en la grevant de servitudes ou d'hypothèques. Il en garde en effet la propriété, tant que dure le mariage, et une propriété libre de toute entrave, puisque cette part indivise nouvellement acquise n'est point dotale. Sans doute, si elle se trouve encore entre ses mains, au moment de la restitution de la dot, il est obligé de la remettre à sa femme, en même temps que la part qu'elle lui avait apportée en dot. Mais la loi 78 n'attache aucun effet rétroactif à cette expropriation, de telle sorte que les droits de la femme sont incertains et restent à la merci du mari jusqu'à la dissolution du mariage.

Avant de quitter le droit romain, nous voudrions rechercher pour quels motifs les jurisconsultes de l'époque classique ont admis cette règle. Se sont-ils proposé, d'une façon toute spéciale, de protéger la femme contre un abus de pouvoir du mari ? Cela n'est pas certain ; et nous croyons plutôt qu'en consacrant la solution que nous trouvons énoncée dans la loi 78, ils n'ont fait qu'appliquer les règles générales qu'ils avaient admises au sujet de la restitution de la dot.

Il était, en effet, de principe que la dot devait être restituée, à la dissolution du mariage, avec tous les accessoires qui avaient pu venir l'accroître, *avec*

tout l'augment survenu (1), comme disaient nos anciens auteurs. Ainsi, l'accroissement que le fonds dotal pouvait recevoir par suite d'alluvions, profitait à la femme : « Si prædiis inæstimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet. » (2) S'agissait-il d'une esclave : les enfants qu'elle avait pu mettre au jour depuis la constitution de dot, devaient être restitués en même temps qu'elle. « Si servi subolem ediderunt, mariti lucrum non est. » (3) La dot comprenait-elle une nue-propriété : si l'usufruit s'était réuni à cette nue-propriété au cours du mariage, c'était la pleine propriété que la femme pouvait réclamer à son mari. « Si proprietati nudæ in dotem datæ ususfructus accesserit, incrementum videtur dotis, non alia dos : quemadmodum si quid alluvione accessisset. » (4) En un mot, le mari devait restituer non seulement la dot, mais encore tout ce qui était venu la grossir entre ses mains.

Comment les jurisconsultes n'auraient-ils pas étendu cette règle à notre espèce ? Alors que l'accession de l'usufruit à la nue-propriété profitait à la femme, pourquoi la réunion d'une part indivise à une autre part indivise ne lui aurait-elle pas éga-

1. Guy du Rousseaud de Lacombe. Recueil de Jurisp. civile. V° Dot.
2. Loi 10 § 1. Dig. De Jure dotium.
3. Loi 10 § 2. Dig. De Jure dotium.
4. Loi 4, Dig. De Jure dotium.

lement profité ? Il y a, là aussi, comme un accroissement naturel et presque nécessaire ; car le mari est bien obligé de se charger de l'immeuble tout entier, s'il ne veut pas laisser échapper la portion que sa femme lui a apportée en dot. C'est pour conserver cette portion qu'il acquiert celle du copropriétaire : *altera portio sequetur restitutionem,* nous dit le jurisconsulte, *propter quam ad maritum pervenit.* C'est bien moins l'acquisition d'un bien nouveau que l'augmentation du bien apporté en dot par la femme. Voilà pourquoi le mari est obligé de restituer, et la femme obligée de reprendre l'immeuble tout entier.

Cette institution que le droit romain de l'époque classique a créée, et dont nous venons de retracer l'origine et d'indiquer les principaux caractères, s'est maintenue et développée dans notre ancienne France ; et nous devons maintenant suivre ses vicissitudes, d'abord dans les provinces qui considéraient la loi romaine comme leur loi écrite, puis dans les pays coutumiers.

Les provinces du midi de la France adoptèrent ou plutôt conservèrent purement et simplement la règle de droit posée par la loi 78. Jusqu'à la fin de l'ancien régime, elles l'ont laissée subsister sans y rien changer ; et, quoi qu'on en ait dit, le droit d'op-

tion n'a point fait son apparition dans les pays de droit écrit avant le Code civil.

L'opinion contraire est très-répandue. On enseigne généralement que les parlements du Midi, tout en adoptant la loi 78, l'avaient corrigée, et qu'ils permettaient à la femme de répudier la propriété des parts indivises acquises par son mari. « Admise dans les pays de droit écrit et dans les pays de coutume, dit M. Dalloz, la loi romaine reçut des modifications qui en tempérèrent la rigueur..... Tout en consacrant le principe que la part acquise par le mari accroissait à la femme, l'ancienne jurisprudence permit à celle-ci de répudier cette propriété, si elle jugeait l'opération préjudiciable..... Le retrait d'indivision, ainsi modifié, était admis notamment par les parlements de Toulouse et de Bordeaux (1). » Cette doctrine se retrouve dans nombre d'auteurs (2) et dans plusieurs arrêts (3).

Mais, on chercherait vainement une preuve à l'appui de cette affirmation tant de fois répétée. On invoque, il est vrai, l'autorité de Roussilhe, l'oracle de l'ancien droit en matière de régime dotal. Or il se trouve précisément que Roussilhe déclare de la

1. Dalloz, Rép. Alph. V° Contrat de mariage. n°s 830, 831.

2. Troplong. Traité du contrat de mariage. t. I. n° 646. — Rodière et Pont. Contrat de mariage, t. I, p. 536.

3. Cour de Riom, 10 fév. 1836, Sirey 1836, 2, 186. — Cour de cassation, 8 mars 1837, Sirey 1837, 1, 331.

façon la plus claire qu'il n'existe pas de droit d'option au profit de la femme (1).

Il exprime sa pensée, à ce sujet, à deux reprises différentes. Il suppose d'abord que le mari a acheté à l'amiable, en son nom personnel, les parts des copropriétaires de sa femme, et il décide qu'à la dissolution du mariage il doit les abandonner à celle-ci ou à ses héritiers, sauf à réclamer le remboursement de la somme qu'il a payée pour les acquérir. « S'il a accepté des ventes ou transports, de la part de ses beaux-frères, de leur portion héréditaire, il ne peut, après la dissolution du mariage, réclamer ces droits en fonds contre sa femme ou ses héritiers, mais uniquement les sommes qu'il a déboursées, parce qu'il est présumé avoir accepté les traités pour sa femme. »

Va-t-il ajouter que la femme peut refuser le bénéfice de cette accession, et abandonner au mari les parts qu'il a achetées? Point du tout. Il ajoute, au contraire, qu'elle ne peut pas se soustraire aux conséquences de cette acquisition que le mari est censé avoir faite pour elle et dans son intérêt. « En conséquence, il peut de son côté contraindre les héritiers de celle-ci à lui rendre le prix des transports qu'il avait acceptés, sans que ceux-ci soient fondés à lui opposer que celui qui a

1. Roussilhe. Traité de la Dot. nos 556, 557, 558, p. 408.

cédé ses droits n'avait ni ne pouvait exiger que du fonds et qu'on lui en offre, parce que ce n'est pas pour lui qu'il a acquis, mais pour sa femme. »

Ainsi, quand même le mari aurait acquis les parts des copropriétaires à un prix exorbitant, quand même l'opération serait désastreuse pour elle, la femme n'a aucun moyen de s'y dérober. Roussilhe insiste sur ce point : « Que doit-on décider, dit-il, si le mari a acquis les droits au delà de leur valeur? Dans un contrat de mariage, on ne limite ni on ne peut limiter au futur époux le prix pour lequel il pourra acquérir ces droits ; ainsi, quel que soit le prix pour lequel il pourra acquérir les droits de ses beaux-frères ou belles-sœurs, ou autres, il est toujours présumé être resté dans les bornes de son mandat.... »

Voilà pour l'hypothèse d'un achat fait à l'amiable. Notre auteur suppose en second lieu le cas d'une acquisition par adjudication, et il formule une seconde fois la même doctrine. Il commence par nous dire que, si le mari s'est rendu adjudicataire sur licitation d'un héritage dont sa femme lui avait apporté la moitié indivise en dot, celle-ci peut forcer les héritiers du mari à lui abandonner la totalité de ce fonds, en leur remboursant la somme qui a été payée. Puis il ajoute : « La femme ou ses héritiers ayant le droit de retenir les dites acquisitions, *il faut*

que la loi soit égale ; ainsi les héritiers du mari, en abandonnant le fonds, *peuvent contraindre la femme* ou ses héritiers au remboursement du prix de l'acquisition et des réparations : et cela parce que le mari n'est présumé avoir agi que comme le procureur fondé de la femme. » (1)

Si l'on peut *contraindre* la femme, c'est apparemment parce quelle n'a pas de droit d'option. *Il faut que la loi soit égale* : ne croit-on pas entendre comme l'écho de cette phrase de Tryphoninus : *nec audiri debebit alteruter eam æquitatem recusans ?*

Au témoignage de Roussilhe faut-il ajouter celui de Guy du Rousseaud de Lacombe, qui déclare que « le mari ayant acquis la portion indivise du copropriétaire de la dot, la femme est obligée de prendre cette portion et rembourser ? » (2)

Certes, si les tribunaux et les commentateurs de nos pays de droit écrit s'étaient permis de modifier aussi gravement le système de la loi romaine, nous trouverions dans les traités ou dans les recueils de jurisprudence des traces de cette innovation. Mais, nous constatons au contraire que le droit d'option était formellement dénié à la femme, et que la loi

1. Roussilhe. Traité de la Dot. eodem.
2. Guy du Rousseaud de Lacombe. Recueil de Jurisprud. civile. V° Dot. page 234 ; dans ce recueil l'auteur s'inspire habituellement de la jurisprudence du Parlement de Bordeaux.

78 fut appliquée jusqu'à la fin de notre ancien droit sans tempérament. (1)

A un autre point de vue encore, le système romain s'est maintenu dans son entier. Dans les pays de droit écrit, comme à Rome, la dépossession du mari ne se produisait qu'à la dissolution du mariage. C'était seulement au jour de la dissolution du mariage que la propriété des parts acquises par le mari se fixait sur la tête de la femme. Jusque-là, il restait maître d'en disposer à son gré.

Cela a été reconnu par un arrêt de la Cour de Grenoble, rendu le 22 juillet 1825. Sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, la dame Allier s'était constitué en dot le tiers d'une maison, sise à Valence, indivise avec ses deux sœurs. Plus tard, son mari se rendit acquéreur des deux autres tiers, et il les hypothéqua à ses créanciers. A la mort de Mme Allier, les créanciers du mari poursuivirent la vente de la maison. Les héritiers de Mme Allier s'y opposaient, invoquant la loi 78, et offraient de tenir compte du prix payé pour l'acquisition des deux tiers. Mais les créanciers répondaient que la loi 78 n'empêchait pas le mari d'aliéner ou d'hypothéquer, tant que durait le mariage, les parts indivises qu'il avait acquises. Et la Cour de Grenoble leur donna gain de cause : elle décida

1. Terrat. Thèses, 1872, t. VII.

que les héritiers de la dame Allier ne pouvaient retraire les parts acquises par le mari qu'en supportant les charges créées par lui. (1)

Voyons maintenant comment cette institution s'est introduite dans les pays coutumiers, comment elle s'y est développée et améliorée.

Cette expropriation du mari qui faisait revenir aux mains de la femme les parts de ses copropriétaires, ne pouvait manquer d'être accueillie avec faveur par notre législation coutumière qui cherchait, par tous les moyens, à assurer la conservation des biens propres dans les familles. L'immeuble dont une part indivise appartenait à la femme, était presque toujours un bien de famille, qu'elle avait recueilli par succession, et qu'elle possédait en commun avec ses frères et sœurs. Permettre au mari de s'approprier une portion indivise de cet immeuble, c'était abandonner à un étranger une parcelle d'un bien propre, c'était dénaturer le patrimoine d'une famille. Un pareil résultat était essentiellement contraire à l'esprit de notre ancien droit français ; et nos vieux jurisconsultes furent tout heureux

1. Dalloz ancien, 1826, 2, 52. — Troplong. Contrat de mariage t. I, p. 668. — Cependant M. Babinet (Revue de Droit français et étranger, 1845. tome II, p. 682) et M. Terrat s'accordent à dire que, dans la jurisprudence du Parlement de Toulouse, le mari ne pouvait pas disposer de ces parts au préjudice de sa femme. Mais je n'ai pu trouver aucune preuve à l'appui de cette assertion.

de découvrir dans le droit romain une institution qui permettait de dépouiller le mari, et de maintenir l'immeuble tout entier dans la famille de la femme. C'est sans doute à la fin du XVI[e] siècle, au moment où le régime de communauté subissait comme une refonte et recevait sa constitution définitive, que les juristes et les tribunaux du Nord empruntèrent le principe de la loi 78 aux pays de droit écrit.

Dès le début, il y eut une différence entre le système coutumier et le système des parlements du Midi. Nous avons montré qu'aux termes de la loi 78, le mari n'était dépouillé des portions par lui acquises, qu'au jour de la dissolution du mariage. Dans le droit coutumier, au contraire, cette dépossession s'opérait au moment de l'acquisition. La propriété de l'immeuble se fixait immédiatement, et d'une façon définitive, sur la tête de la femme. Par suite, les pouvoirs du mari sur ce bien n'allaient pas au-delà du droit d'administration que la coutume lui reconnaissait sur les propres de sa femme.

Sauf cette modification, due à l'influence des principes du régime de communauté, le système romain fut adopté sans tempérament. Même en pays coutumier, on ne reconnut pas tout d'abord de droit d'option à la femme. Comme à Rome, comme dans les

pays de droit écrit, l'accroissement de propriété lui était non pas offert, mais imposé. Il faut arriver presque jusqu'à la fin de notre ancien droit pour voir poindre l'idée nouvelle, et encore a-t-elle rencontré jusqu'au bout bien des résistances.

Au XVII[e] siècle et même au commencement du du XVIII[e], la doctrine ne permettait certainement pas à la femme de répudier la propriété acquise par son mari. Nous avons sur ce point le témoignage formel de Lebrun qui se demande précisément s'il ne conviendrait pas d'attribuer à la femme un droit d'option, et qui répond négativement à cette question. « Si le mari ou la femme a apporté en mariage une portion indivise dans quelque maison, ou héritage, qui soit licité et évincé par la licitation, il en a son remploi. Si l'héritage lui demeure entier, il lui est propre, en payant le mi-denier de la part des copropriétaires; *mais la difficulté est, si ce conjoint peut refuser cette part:* ce qui se peut proposer en deux cas qui semblent différents; en supposant dans le premier, que l'ancienne portion de l'héritage était propre au mari; et dans le second, qu'elle était propre à la femme. Il semble que si elle était propre au mari, il y ait moins de difficulté, supposé principalement qu'il ait provoqué la licitation; car il ne l'a fait que pour avoir l'héritage entier: ainsi quand on l'obligera de le conserver en payant le mi-

denier, il ne pourra pas dire qu'on lui fera faire cette acquisition malgré lui. *Si l'héritage était propre à la femme, quelle raison y a-t-il de l'obliger de conserver les portions acquises par la licitation, peut-être à trop haut prix? Il faut dire nonobstant cela que la femme sera obligée, lors de la dissolution de la communauté, de prendre le total de l'héritage....* Elle possédait une fois une part indivise, susceptible par conséquent de cet *accroissement forcé* qui arrive par l'évènement d'une licitation. » (1)

Nous pourrions invoquer encore l'autorité de Ferrières (2) et celle de l'avocat Cochin (3).

Le Châtelet de Paris admettait encore, au commencement du XVIIIe siècle, cette solution rigoureuse pour la femme. C'est du moins ce que nous apprend Bourjon (4).

Mais, tout en relatant cette jurisprudence, Bourjon la critique comme trop absolue et s'élève contre le système universellement admis jusqu'alors. Voilà enfin l'idée de l'option qui commence à se faire jour : elle va bientôt triompher.

Permettre au mari d'imposer à sa femme la propriété d'un immeuble, acquis peut-être à des condi-

1. Lebrun, Traité de la communauté, p. 133.
2. Ferrières, sur l'art. 220 de la Coutume de Paris.
3. Cochin. Plaidoyers, t. V, p. 231.
4. Bourjon. Droit commun... t. I. p. 537.

tions fort onéreuses, n'était-ce pas violer cette règle de la coutume qui défendait au mari de compromettre les propres de la femme ? C'est cette considération qui frappe l'esprit de Bourjon ; et il propose de conserver le principe de l'accroissement posé par la loi 78, mais d'admettre, en même temps, au profit de la femme la faculté de renoncer à cet accroissement. Toutefois, il ne demande cette réforme qu'avec timidité ; le droit d'option ne lui paraît nécessaire que pour la femme qui renonce à la communauté.

« L'immeuble, dit-il, est propre pour le tout à celui qui avait une portion indivise dans l'héritage; c'est accroissement de propriété, sauf la récompense. Il ne peut se dispenser de payer cette indemnité en offrant de laisser en communauté les portions ainsi acquises ; le droit des conjoints doit être fixé et non incertain, ce qui ne serait pas s'il avait ce droit d'option : ce qu'on ne doit pas néanmoins admettre par rapport à la femme renonçante à la communauté lorsqu'elle n'a pas concouru à la licitation ; autrement il arriverait, contre la disposition de la coutume, que le fait de son mari aurait donné atteinte à ses propres. » (1)

Ainsi, Bourjon n'accorde le droit d'option à la femme qu'autant qu'elle renonce à la communauté.

1. Bourjon, loc. cit.

Valin est le premier qui l'admette d'une façon générale. « Le même principe qui défend au mari de partager seul une succession dévolue à sa femme, lui refuse pareillement le droit de liciter un bien dans lequel la femme a une portion indivise. Ce qui s'entend néanmoins, si par l'évènement de la licitation il abandonne la portion de sa femme. Car si, au contraire, il se rend adjudicataire des portions des autres, rien n'empêche que le contrat n'ait son effet, puisque par là la femme ne peut souffrir aucun préjudice dans ses propres, et qu'elle peut même y gagner par la faculté qu'elle a de retenir les portions acquises de ses copropriétaires, en payant la récompense à la communauté, ou de les laisser en ce cas pour le compte de la communauté, en conservant seulement sa portion personnelle (1). »

Enfin, cette idée nouvelle fut admise par Pothier, et nous la trouvons énoncée dans son Traité de la communauté (2). Suivant lui, si la femme approuve l'acte fait par son mari, cet acte tient lieu du partage auquel elle aurait pu procéder elle-même, et par conséquent le bien acquis est un propre. Si elle désapprouve cette acquisition, l'immeuble est un conquêt de communauté.

Ainsi, à la fin de notre ancien droit, tandis que le

1. Valin. Sur la coutume de la Rochelle. Tome I, p. 493 nº 28.
2. Pothier. Traité de la communauté, nº 151.

principe posé par Tryphoninus subsistait intact dans les provinces du Midi, un système nouveau venait de naître en pays coutumier : système plus large, plus libéral, assurant une protection plus complète aux intérêts de la femme ; le système du droit d'option, que le Code civil allait consacrer dans l'article 1408.

Nous devons ajouter, pour compléter ce tableau de notre ancienne législation, que la coutume de Normandie ne contenait aucune disposition analogue à celle de la loi 78 ou à celle de notre article 1408. Par suite, lorsque le mari se rendait acquéreur d'une portion d'un immeuble qui appartenait par indivis à la femme, il en devenait propriétaire incommutable (1). Aussi les tribunaux ont-ils plusieurs fois décidé, depuis la rédaction du Code civil, que l'article 1408 ne devait pas être appliqué à des époux dont le mariage avait été contracté sous l'empire de la Coutume de Normandie (2).

1. Rodière et Pont. T. I, p. 537. — Dalloz, v° Contrat de mariage, n° 831.
2. Cass. 22 mars 1841. Dall. 1841, 1, 193. — Rouen, 24 février 1842. Sir. 1842, 2, 249,

CHAPITRE II

NATURE JURIDIQUE DU DROIT D'OPTION.

Il est temps d'examiner de plus près le droit d'option que le Code civil accorde à la femme, et de déterminer d'une façon précise sa nature juridique. Est-ce véritablement une faculté de retrait que l'article 1408 organise, et lorsque la femme réunit à la part indivise qu'elle possédait antérieurement les portions acquises par son mari, est-ce bien un retrait qu'elle exerce ?

Il y a, en effet, deux façons de concevoir et d'expliquer le droit d'option de l'article 1408 ; et lorsque nous voulons caractériser cette institution, il nous faut choisir entre deux systèmes bien différents.

Dans un premier système, le droit d'option n'est pas autre chose qu'une faculté de retrait. Lorsque le mari acquiert en son nom personnel l'immeuble dont une part indivise appartenait à sa femme, cette acquisition, aux termes du droit commun, est répu-

tée faite pour le compte de la communauté, et le bien acquis est provisoirement un conquêt. Mais, la femme a le droit de *retraire* cet immeuble, c'est-à-dire qu'elle a le droit de prendre pour elle l'opération faite par son mari et de se substituer à la communauté dans le contrat qu'il a passé avec les copropriétaires. *C'est le système du retrait.*

Dans le second système, le droit d'option accordé à la femme a un tout autre caractère : c'est tout simplement le droit de ratifier ou de ne pas ratifier l'acte d'un gérant d'affaires Lorsque le mari acquiert l'immeuble, même en son nom personnel, il est censé agir au nom et pour le compte de sa femme. Le bien acquis est donc propre, comme si elle avait acheté elle-même les parts de ses copropriétaires ou comme si elle s'était elle-même portée adjudicataire. Mais, comme tout *dominus negotii,* elle peut refuser d'approuver l'acte que le mari a fait en qualité de gérant d'affaires ; et ce refus de ratification fait tomber l'immeuble dans la communauté. Voilà comment on peut analyser *le système de la gestion d'affaires.*

La physionomie de notre institution sera donc toute différente, suivant que nous adopterons l'une ou l'autre de ces deux conceptions. Si nous choisissons le premier système, nous dirons que la femme a la faculté de retirer un immeuble de la masse com-

mune pour se l'approprier ; avec le second, nous dirons au contraire qu'elle a la faculté de se dépouiller d'un immeuble pour l'abandonner à la masse commune.

S'il s'agit d'un retrait, l'immeuble est un conquêt jusqu'au jour de l'exercice du retrait ; s'il s'agit d'une ratification, c'est un propre jusqu'au jour où la femme refuse d'approuver l'acte de son mari (1).

S'il s'agit d'un retrait, c'est le mari qui fait l'acquisition en son nom personnel et comme chef de la communauté. Or comme, au regard des copropriétaires de la femme qui lui cèdent leurs parts, il n'est qu'un étranger, le contrat qui intervient entre eux et lui n'est point un partage, mais une vente. Et lorsque la femme, prenant l'opération pour son compte, se substitue à son mari, ce contrat conserve néanmoins son caractère primitif (2). S'il s'agit, au contraire d'une ratification, s'il s'agit d'une gestion d'affaires, le mari n'est plus qu'un intermédiaire. A vrai dire, sa personnalité s'efface et disparaît pour mettre directement en présence la femme et ses copropriétaires. C'est à la femme elle-même que les copropriétaires cèdent leurs parts ; par suite, l'acte qui intervient,

1. Remarquons toutefois qu'au point de vue pratique, à raison de l'effet rétroactif du retrait, la divergence n'est pas aussi profonde qu'on pourrait le croire au premier abord.

2. Telle est du moins l'opinion généralement reçue. C'est celle que nous comptons soutenir dans notre chapitre VII.

adjudication ou cession amiable, équivaut à un partage et produit les effets juridiques d'un partage (1).

Le système du retrait est généralement admis par les auteurs (2) et par la jurisprudence (3); et c'est presque toujours sous le nom de *retrait d'indivision* ou de *retrait de communauté* que l'on désigne notre institution.

La doctrine opposée a cependant rencontré quelques partisans. M. Troplong l'a défendue dans son Traité du contrat de mariage: « On suppose, dit-il, un mandat tacite donné au mari et prouvé d'abord par le silence de la femme, ensuite par son acquiescement... Puisque le mari n'a voulu faire qu'un partage dans l'intérêt de sa femme, et que ce partage a procuré à la femme la totalité de la chose, il s'ensuit qu'elle est censée avoir été toujours saisie de ce tout, au même titre qu'elle était saisie de la partie (4). »

M. Babinet s'est également rallié à ce système (5) ; ce qui ne l'empêche pas d'employer à

1. Pour connaître les différents intérêts pratiques que peut encore présenter cette discussion, voir les pages 160, 192.

2. Toullier. t. XII, p. 283. — Rodière et Pont. Contrat de mariage. t. I, n° 622. - Aubry et Rau, t. V, p. 315. — Laurent, t. XXI, n°s 340 et 350. — Colmet de Santerre, t. VI, p. 88.

3. Nancy, 9 juin 1854. Dall. 1855, 2, 251. — Caen, 31 juillet 1858. Sirey. 1859, 2, 97.

4. Troplong, t. I, n° 641.

5. Babinet. Article cité.

maintes reprises le mot de *retrait d'indivision*. Il y a là une inexactitude de langage fort regrettable, et qui n'a pas peu contribué à jeter de la confusion et de l'obscurité sur notre institution. Il importe de prendre nettement parti entre les deux thèses opposées ; et si l'on adopte l'idée de gestion d'affaires, si l'on admet que l'immeuble est un propre *pendente conditione*, il ne doit plus être question de retrait.

La Cour de Grenoble a admis la doctrine de MM. Troplong et Babinet dans un arrêt du 18 août 1854 : « Attendu que la première partie de l'article 1408 pose le principe général d'exclusion de conquêt pour tous les cas, que ce soit l'un ou l'autre des époux, ou tous les deux ensemble qui aient fait l'acquisition ; que la seconde partie du même article n'a d'autre objet que de conférer à la femme, pour le cas où ce serait elle qui se trouverait propriétaire par indivis, et que le mari achèterait, l'option de prendre ou de refuser l'acquisition ; que la propriété n'en repose pas moins sur sa tête, jusqu'au moment où elle use de son droit de répudiation... (1). »

Néanmoins, le système de la gestion d'affaires paraissait définitivement abandonné, lorsqu'un arrêt de la Cour de cassation du 17 février 1886 est venu le consacrer de nouveau. Il était difficile de le for-

1. Dalloz, 1856, 2, 62. — Voir aussi Dalloz, 1871, 2, 153.

muler d'une façon plus nette : « Attendu, dit la Cour, que dans le cas de l'article 1408, c'est-à-dire d'acquisition par le mari de la totalité ou de portion d'un immeuble dont sa femme était propriétaire par indivis, on doit présumer que le mari, agissant dans le but de faire cesser l'indivision, a stipulé dans l'intérêt de la femme en vertu d'un mandat tacite donné par cette dernière, et considérer comme propre de la femme la portion d'immeuble ainsi acquise, s'il n'est pas établi que cette portion d'immeuble ait été abandonnée à la communauté.... (1). »

Cet arrêt a ressuscité notre controverse qui semblait éteinte faute de combattants.

Malgré l'autorité qui s'attache à cette décision récente de la Cour suprême, nous pensons, avec la majorité des auteurs, que le droit d'option conféré à la femme par l'article 1408-2° est une faculté de retrait. Nous pensons que l'immeuble acquis par le mari est provisoirement un conquêt, un bien de communauté, jusqu'au moment où la femme exerce le retrait d'indivision.

Nous pouvons tout d'abord reprocher au système de nos adversaires de mettre la loi en contradiction avec elle-même. C'est une pensée de défiance vis-à-

1. Gazette du Palais du 27 mars 1886.

vis du mari qui a guidé le législateur, tout le monde le reconnaît. Or, la présomption de gestion d'affaires ne saurait se concilier avec une pareille pensée. Le législateur présume que le mari a trahi les intérêts de sa femme ; et cependant il aurait l'air de supposer qu'il n'a pas eu d'autre intention que de les servir ! Pour déjouer un calcul égoïste, la loi feindrait de croire à une pensée désintéressée ! Il nous répugnerait de prêter aux rédacteurs du Code civil une conception aussi subtile et aussi incohérente. N'est-il pas plus naturel de dire : le mari a agi pour le compte de la communauté ; il a donc fait entrer l'immeuble dans la masse commune ; mais la femme a reçu de la loi le droit d'intervenir, de retirer cet immeuble et de se l'approprier ? Ce système n'est-il pas plus conforme à la réalité des choses ?

Nous adresserons un autre reproche au système que nous combattons : il manque de simplicité. On nous dit qu'il suffit de supposer une gestion d'affaires pour expliquer d'une façon satisfaisante notre institution. Cela n'est point exact. Il faut supposer quelque chose de plus, il faut supposer une acquisition faite en qualité de gérant d'affaires, compliquée d'une acquisition personnelle. Car le mari reste bien personnellement adjudicataire ou acheteur, si la femme refuse sa ratification. Dans la gestion d'affaires proprement dite, la validité de l'acte

juridique ou plutôt son existence même est subordonnée à la ratification du *dominus*. Mais ici le marché que le mari a passé avec les copropriétaires est ferme et irrévocable, et, quelle que soit la résolution prise par sa femme, il est tenu de l'exécuter. Nos adversaires sont donc obligés de dédoubler l'opération et d'y voir deux actes différents : d'abord, une acquisition personnelle pour le mari, en ce sens que les copropriétaires lui cèdent leurs parts dans l'immeuble à tout événement et d'une façon définitive ; en second lieu, une gestion d'affaires, en ce sens que le mari accepte, au nom de sa femme, cette adjudication ou cette cession amiable comme tenant lieu du partage. Voilà à quelles complications on aboutit, si l'on rejette l'idée de retrait !

Mais, nous avons hâte d'arriver à un argument plus décisif. Le système du retrait doit l'emporter, suivant nous, parce qu'il est le plus conforme aux principes fondamentaux du régime de communauté. Tout immeuble acquis au cours du mariage à titre onéreux est un conquêt : telle est la règle générale posée par l'article 1401. Sans doute, l'article 1408 2[e] §, permet à la femme d'écarter l'application de cette règle à propos de certains immeubles. Mais, en interprétant cette disposition exceptionnelle, il faut s'éloigner le moins possible du droit commun auquel elle déroge. Tant que la fem-

me n'a pas pris parti, tant qu'elle n'a pas usé du droit que la loi lui confère, l'immeuble doit «suivre son cours naturel. » (1) et rester provisoirement dans la masse commune.

En réalité, nos adversaires ne peuvent nous opposer qu'un seul argument. Mais cet argument a une grande valeur. Ils ont pour eux la tradition.

Tous nos anciens auteurs, cela est incontestable, ont admis l'idée de la gestion d'affaires, tous ont enseigné que l'immeuble devenait *ab initio* un propre, comme si la femme avait fait elle-même l'acquisition. Jamais ils n'ont vu une faculté de retrait dans le droit accordé à la femme. Pour Pothier par exemple, le mari, même lorsqu'il agissait en son nom personnel, était réputé faire l'acquisition pour le compte de sa femme, et l'acte fait par lui tenait lieu de partage, à moins qu'elle ne refusât de le ratifier. (2) Il y avait bien dans quelques petites coutumes un *Retrait d'Indivision* qu'on appelait aussi *Retrait de communion* ou *Retrait de frareuseté* ; mais il avait un caractère bien différent et une tout autre portée. Il appartenait à tout copropriétaire ; il lui permettait, lorsqu'un de ses consorts vendait sa part dans le bien indivis à un étranger, d'évincer cet étranger,

1. Colmet de Santerre.
2. Pothier. Communauté, nos 150 et suivants.

et de prendre sa place. (1) Il n'y avait rien de commun entre ce retrait et le droit d'option de la femme.

Nos adversaires soutiennent que le Code civil n'a pas pu rompre avec cette tradition, qu'il n'a pas pu créer de toutes pièces un retrait nouveau. Une pareille innovation, dit-on, serait contraire à l'esprit de notre droit moderne. Alors que les innombrables retraits, consacrés jadis par les coutumes ou par la jurisprudence, venaient de sombrer dans la tourmente révolutionnaire, alors que plusieurs lois et décrets de la Constituante, de la Législative et de la Convention les avaient abolis comme incompatibles avec les principes nouveaux, peut-on admettre que les rédacteurs du Code aient introduit une nouvelle espèce de retrait, inconnue de nos anciens auteurs ?

Cette objection ne manque pas de force, assurément. Nous croyons cependant pouvoir y répondre. Tout d'abord, l'autorité de la tradition ne nous semble pas avoir, en notre matière, toute la valeur qu'on lui prête. Il ne faut pas oublier, en effet, que, presque jusqu'à la fin du XVIII[e] siècle, le droit d'option fut inconnu. Or, tant que la loi 78 fut appliquée sans tempérament, tant que la propriété des

1. Pothier, Traité des Retraits, n° 2. — Merlin, v° Retrait.

portions acquises par le mari fut *imposée* à la femme, il ne pouvait pas être question de retrait. On ne pouvait voir dans l'opération qu'une gestion d'affaires, ou plutôt un mandat tacite, en vertu duquel le mari était considéré comme le représentant de la femme. Lorsque Bourjon, Valin et Pothier proposèrent de reconnaître à la femme une option, ils ne poussèrent pas plus loin la hardiesse, ils n'osèrent pas rompre avec la doctrine universellement reçue jusqu'alors. Mais, l'introduction de cet élément nouveau devait nécessairement amener une transformation complète de l'institution. Dès l'instant que l'accroissement de propriété était simplement *offert* à la femme, l'idée de mandat tacite ou de gestion d'affaires devait faire place à l'idée de retrait.

Cette réforme, les rédacteurs du Code civil l'ont réalisée. Ont-ils eu pleinement conscience de l'innovation heureuse qu'ils introduisaient dans la législation ? Ont-ils compris qu'ils revêtaient d'une forme nouvelle l'institution que leur léguait l'ancien droit ? Nous n'oserions pas l'affirmer. Comme l'a dit un auteur, « une providence bien nécessaire aux assemblées délibérantes a pris soin quelquefois de faire éclore une loi utile et applicable, au milieu de la confusion la plus complète et de la variété la plus inquiétante d'opinions, d'amendements et de

votes (1) ». Cependant, en étudiant attentivement les travaux préparatoires, on s'aperçoit que les rédacteurs du Code, après bien des tergiversations, ont finalement attribué à l'immeuble, *pendente conditione*, le caractère de conquêt. C'était trancher la question par son côté pratique, c'était admettre implicitement le système du retrait.

Et pour qu'on ne puisse pas nous accuser de prêter au législateur une pensée qui n'a pas été la sienne, nous allons résumer fidèlement les différentes transformations que notre article 1408-2e § a subies. La première rédaction soumise au Conseil d'Etat contenait deux règles différentes. *Première règle:* En général, lorsque le mari se rend, en son nom personnel, acquéreur d'un immeuble dont sa femme possédait une part indivise, l'acquisition est réputée faite par la femme elle-même: l'immeuble est propre, sans option. *Seconde règle:* Dans un cas particulier (qu'il est inutile de préciser ici), cet immeuble est au contraire un conquêt, également sans option.

Dans la seconde rédaction présentée au Conseil d'Etat, la première règle est reproduite telle quelle. La seconde règle est au contraire tempérée par l'admission d'un droit d'option. Dans l'hypothèse par-

1. Babinet. Article cité.

ticulière à laquelle s'applique cette seconde disposition, l'immeuble est un conquêt; mais la femme peut le retirer et en faire un propre.

Enfin, la section de législation du Tribunat intervient et propose une troisième rédaction, qui est devenue le texte définitif de notre article 1408-2°. La première règle disparaît. La seconde est généralisée : au lieu de s'appliquer exclusivement à un cas exceptionnel, elle englobe maintenant toutes les hypothèses. L'immeuble est donc toujours un conquêt, sauf le droit pour la femme de le retirer et de se l'approprier (1).

En définitive, les rédacteurs du Code civil ont heureusement modifié l'ancienne institution ; à leur insu peut-être, ils en ont changé le caractère, ils en ont fait un retrait. On pourra dire que le retrait d'indivision est entré dans notre législation d'une façon subreptice et par une porte dérobée. Mais, nous nous garderons bien de nous en plaindre, puisque ce système est en même temps le plus conforme aux principes généraux du régime de communauté, et le plus satisfaisant pour l'esprit.

Nous pouvons maintenant définir d'une façon exacte, au point de vue juridique, le privi-

1. Locré. T. XIII, pages 128, 190, 214, 247, 456. — Fenet, T. XIII, pages 495, 560, 607.

lège conféré à la femme par l'article 1408-2°. C'est une faculté de retrait, en vertu de laquelle la femme peut se substituer à la communauté, à la condition de la rendre indemne, et prendre pour elle l'acquisition faite par son mari.

Pothier nous dit que le retrait, en général, « n'est autre chose que le droit de prendre le marché d'un autre, et de se rendre acheteur à sa place. Il ne tend pas à rescinder et à détruire le contrat, mais à subroger en tous les droits résultant du contrat, la personne du retrayant à celle de l'acheteur sur qui le retrait est exercé. » (1) En un mot, c'est le droit accordé à un tiers de se substituer à l'acquéreur primitif dans un contrat de vente. Ici l'acquéreur primitif c'est la communauté : c'est elle, en réalité, qui a acheté les parts des copropriétaires de la femme, c'est elle qui est devenue adjudicataire (2) de l'immeuble, en vertu du principe posé par l'article 1401. Mais il y a un tiers qui a le droit de l'évincer ; il y a un tiers qui n'a pas figuré dans le marché qu'elle a conclu ou que le mari a conclu pour elle, et qui a cependant le droit de prendre sa place dans ce marché : et ce tiers, c'est la femme.

1. Pothier. Traité des Retraits, n° 1.

2. Nous n'entendons pas considérer la communauté comme une personne morale, mais simplement comme une masse de biens distincte du patrimoine propre des deux époux.

CHAPITRE III

SUR QUOI PORTE LE DROIT D'OPTION DE LA FEMME ?

La femme a le choix entre deux partis : elle peut, à son gré, laisser l'*immeuble* dans la communauté, sauf à réclamer la portion du prix qui doit lui revenir, ou le retirer en remboursant à la communauté le prix d'acquisition. L'*immeuble*, disons-nous. Mais il s'agit de préciser. Est-ce l'immeuble entier qu'elle doit abandonner ou retirer ? Est-ce seulement une fraction de l'immeuble ? Avant que le mari fît l'acquisition, une portion indivise de ce bien appartenait à la femme ; l'autre portion était en dehors de son patrimoine. Son droit est-il le même, a-t-il la même étendue à l'égard de ces deux portions ? En un mot, sur quoi peut-elle exercer le retrait d'indivision ? Sur quoi porte son droit d'option ?

Nous serons naturellement amenés à distinguer deux hypothèses : ou bien le mari a acquis l'immeuble entier, y compris la part indivise de la femme ; ou bien la part de la femme est restée en dehors de l'acquisition faite par le mari.

Mais, dans un cas comme dans l'autre, nous nous

laisserons guider par un même principe, qui se déduit nécessairement de la nature juridique de notre droit d'option. La femme, avons-nous dit, a le droit d'exercer un retrait sur la communauté, c'est-à-dire qu'elle peut se substituer à la communauté dans le contrat de vente conclu entre le mari et les copropriétaires. Elle peut donc retraire tout ce qui a fait l'objet de ce contrat, ni plus ni moins. Son droit d'option a pour mesure l'étendue de cette acquisition. Il porte sur ce qui est entré dans la communauté.

§ 1. — Le mari a acquis l'immeuble entier, y compris la part indivise de la femme.

La femme et ses copropriétaires, ne pouvant pas procéder commodément à un partage en nature de l'immeuble indivis, ont eu recours à une licitation ; l'immeuble a été vendu aux enchères, et le mari s'est porté adjudicataire en son nom personnel. Etant donné le principe que nous venons de dégager, notre problème serait aisément résolu dans cette première hypothèse, si nous n'avions pas à examiner et à trancher une question préjudicielle fort importante.

Est-il possible, en droit, que l'immeuble tout entier entre dans la communauté ? L'acquisition est

valable sans doute, et produit tous ses effets, en tant qu'elle porte sur les parts des copropriétaires. Mais la part indivise de la femme peut-elle être valablement acquise par le mari?

Il semble, au premier abord, que l'article 1595 du Code civil s'y oppose, puisque cet article prohibe d'une façon générale la vente entre époux. Si l'on appliquait ce principe dans toute sa rigueur, il faudrait dire que l'adjudication est nulle, en tant qu'elle porte sur la part indivise qui appartenait à la femme, il faudrait dire que cette adjudication ne fait entrer dans la communauté que les portions indivises des copropriétaires, et que, par suite, le droit d'option de la femme ne peut s'exercer que sur ces portions.

Mais, il n'est pas possible d'admettre cette solution, puisque l'article 1408 prévoit en termes exprès l'hypothèse d'un retrait portant sur la totalité de l'immeuble. Dès lors, comment cet article peut-il se concilier avec l'article 1595 ?

M. Colmet de Santerre (1) et M. Laurent (2), enseignent que l'article 1408 contient une exception au principe général posé par l'article 1595. Si l'on appliquait ici les règles du droit commun, disent ces auteurs, la portion que la femme possédait

1. Colmet de Santerre. Tome VI, p. 84.
2. Laurent. Tome XXI, p. 370.

avant la licitation, lui demeurerait propre, comme si la licitation n'avait pas eu lieu. Mais, par dérogation à ce droit commun, l'article 1408 maintient la vente pour le tout, même pour la part de la femme, et accorde à cette dernière un droit d'option qui porte sur cette part indivise aussi bien que sur les autres. Toutefois, M. Colmet de Santerre fait intervenir dans une certaine mesure la règle de l'article 1595. Cette règle, d'après lui, reprend son empire sur tous les points qui n'ont pas été formellement tranchés par l'article 1408. Il décide notamment que la femme ne peut pas renoncer à son droit de retrait avant la dissolution du mariage (1), parce qu'elle abandonnerait, par cette renonciation, la portion indivise qu'elle possédait dans l'immeuble, et que cet abandon produirait un résultat analogue à celui que l'article 1595 a entendu prohiber (2).

1. Colmet de Santerre. T. VI, p. 86. — Cet auteur admet au contraire que la femme peut exercer le retrait même avant la dissolution de la communauté. — Pour la renonciation, dans son système, il faut attendre non seulement la dissolution de la communauté, mais encore la dissolution du mariage.

2. Il y a un point sur lequel M. Colmet de Santerre ne s'est pas expliqué d'une façon catégorique. Il admet (p. 88) que l'immeuble soumis au retrait est un conquêt, *pendente conditione*, en ce qui concerne les portions indivises qui appartenaient aux copropriétaires. Mais, la portion qui appartenait à la femme, reste-t-elle propre *pendente conditione?* Telle est, nous semble-t-il, la conséquence logique de ce système. Sans cela, pourquoi interdire à la femme de renoncer au retrait avant la dissolution du mariage?

Nous ne croyons pas devoir admettre ce système, et nous apercevons un autre moyen de concilier nos deux articles. Suivant nous, l'article 1408 ne déroge pas à l'article 1595 : il règle une situation à laquelle cet article ne s'applique pas. Nous pensons, en effet, que la prohibition de la vente entre époux ne s'étend pas à l'adjudication.

C'est la cession amiable entre époux que la loi a voulu interdire, parce que cette cession amiable pouvait présenter des dangers. Mais il n'y aurait pas une seule bonne raison pour défendre au mari de se porter adjudicataire d'un bien appartenant à sa femme, ou réciproquement. Quels motifs invoque-t-on d'ordinaire pour justifier la règle édictée par l'article 1595 ? On fait remarquer que les époux, sous le couvert d'une vente, pourraient dissimuler une libéralité : libéralité excédant peut-être le disponible ; libéralité en tout cas irrégulière, puisqu'elle serait en fait irrévocable. On ajoute que l'un des conjoints pourrait faire passer tous ses biens sur la tête de l'autre, pour les soustraire frauduleusement aux poursuites de ses créanciers. Mais, pour que de semblables calculs soient à redouter, il faut supposer un marché amiable, une convention secrète, à laquelle les deux époux ont seuls pris part, dont ils ont réglé à leur guise les clauses et les conditions. Lorsqu'il s'agit d'une adjudication.

lorsque la vente, annoncée par des affiches, s'accomplit au grand jour, en présence du public, lorsque toutes les conditions sont réglées par le cahier des charges, lorsque le prix est fixé par les enchères, il n'y a plus rien à craindre ; il n'y a plus aucun motif pour appliquer l'article 1595 et pour restreindre la liberté des conventions.

Nous ne pouvons pas invoquer, à l'appui de cette thèse, l'autorité des commentateurs du Code civil, car aucun d'eux n'a prévu cette difficulté. En revanche, notre système se trouve consacré dans tous les traités de procédure civile, à propos de la saisie immobilière. L'art. 711 du Code de procédure énumère les personnes qui ne peuvent pas enchérir, sous peine de nullité de l'adjudication ; et, comme il ne mentionne pas parmi ces incapables le conjoint du saisi, les auteurs décident unanimement que « rien ne s'oppose à ce que l'époux non poursuivi se rende adjudicataire des biens de l'autre époux. » (1) Et en effet, lorsque l'immeuble de la femme est saisi par ses créanciers et mis en adjudication, pourquoi interdirait-on au mari de faire monter les enchères, alors que son intervention ne peut être qu'avantageuse pour la femme et pour les créanciers poursui-

1. Dalloz. V° Vente publique d'immeubles. n° 1635.--Boitard et Colmet-Daage, tome II, p. 352. — Favard, T. V, page 68.

vants? Cette doctrine a été admise sans difficulté par la jurisprudence ; nous pouvons citer notamment un arrêt de la Cour de Besançon du 12 mars 1811 et un arrêt de la Cour d'Aix du 27 avril 1809 (1).

La disposition restrictive de l'article 1595 ne nous paraît donc pas devoir être étendue à l'adjudication. Par suite, lorsque la femme et ses copropriétaires procèdent à une licitation du bien indivis, le mari, en se portant adjudicataire, acquiert valablement l'immeuble tout entier, y compris la part indivise qui appartenait à la femme.

Mais, si le mari prétendait se rendre acquéreur de l'immeuble entier, en achetant à l'amiable et les parts des copropriétaires et la part de la femme, notre solution serait toute différente. Il ne s'agit plus alors d'une adjudication, et l'article 1595 doit s'appliquer. La cession n'est donc valable que pour partie : le mari n'acquiert et ne fait entrer dans la communauté que les portions des copropriétaires (2).

En résumé, voici comment nous répondons à la question préjudicielle que nous avons soulevée : il est possible que le mari acquière la part indivise de

1. Dalloz. Loc cit.

2. Par suite, le droit d'option de la femme ne porte que sur ces portions.

la femme, et par suite, il est possible que l'immeuble entre tout entier dans la communauté ; mais ce résultat ne peut se produire que dans le cas d'une adjudication.

Et maintenant, quelle est, dans cette hypothèse, l'étendue du droit d'option qui appartient à la femme ? La solution s'impose d'elle-même. Puisque le droit d'option porte, d'une façon générale, sur tout ce qui a été acquis par le mari, c'est l'immeuble entier que la femme doit retirer ou abandonner à la communauté.

§ 2. — La part de la femme est restée en dehors de l'acquisition faite par le mari.

S'il fallait en croire Toullier (1), la femme, dans cette seconde hypothèse, serait complètement privée du droit d'exercer le retrait. Au lendemain de l'acquisition faite par le mari, dit cet auteur, la situation est bien nette : la part de la femme n'a pas changé de caractère, elle reste propre ; quant aux parts des copropriétaires qui viennent d'être achetées de gré à gré, elles forment un conquêt. Et cette situation ainsi réglée est définitive, car la femme n'est investie d'un droit de retrait qu'autant que sa part indivise a été mise en adjudication avec les autres.

1. Toullier. T. XII, n° 167.

A vrai dire, Toullier n'allègue à l'appui de son opinion aucun argument sérieux ; et nous ne saurions admettre cette distinction qui restreindrait d'une façon notable la portée du privilège accordé à la femme par l'article 1408. S'il a paru bon de la protéger lorsque le mari se rend adjudicataire de l'immeuble entier, pourquoi la laisserait-on sans défense, lorsqu'il se contente d'acheter à l'amiable quelques portions de cet immeuble? Un abus de pouvoir n'est-il pas à craindre dans un cas comme dans l'autre? En achetant elle-même à l'amiable les portions de ses copropriétaires, la femme se serait procuré un bien propre. Si son mari a abusé de son influence pour l'empêcher de faire elle-même cette acquisition, pourquoi ne lui accorderait-on pas la garantie du retrait d'indivision? D'ailleurs, le texte même de l'article 1408-2° est contraire à cette distinction : « Dans le cas où le mari deviendrait acquéreur ou adjudicataire *de portion* ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme... » Que l'acquisition ait porté sur la totalité ou sur une portion, la règle est la même (1).

La femme a donc entre les mains son droit d'option. Mais, dans quelles limites ce droit d'option peut-il se mouvoir? Ici la doctrine se divise.

1. Marcadé; Rodière et Pont; Aubry et Rau; Colmet de Santerre.

Pour nous, nous appliquerons purement et simplement le principe que nous avons essayé de mettre en lumière au début de ce chapitre, et nous dirons : le droit d'option de la femme ne peut s'exercer que sur ce qui a fait l'objet du contrat, c'est-à-dire sur les portions des copropriétaires, qui sont entrées dans la communauté. Quel que soit le parti qu'elle prenne, sa part indivise reste en dehors de son option. Elle la conserve, quoi qu'il arrive ; et alors même qu'elle renoncerait pour le surplus à l'exercice du retrait d'indivision, elle ne pourrait pas être forcée de l'abandonner à la communauté, et elle ne pourrait pas non plus contraindre le mari ou ses héritiers à s'en charger (1).

Cette opinion a été combattue par des auteurs considérables. Duranton et Troplong ont soutenu que la femme doit abandonner sa part avec le reste, si elle ne veut pas exercer le retrait. Leur argumentation est ingénieuse. Le législateur désire, disent-ils, que l'indivision prenne fin : c'est pour éviter qu'elle ne se prolonge qu'il a édicté la règle de l'article 1408. Lorsque la femme a fait son choix entre les deux partis qui lui sont offerts, il faut donc que la pleine propriété de l'immeuble se trouve d'un côté ou de l'autre. Qu'elle prenne tout ou

1. Marcadé. T. V, p. 494. — Rodière et Pont. T. I, p 551. — Aubry et Rau. T. V, p. 313. — Colmet de Santerre. T. VI, p. 93.

qu'elle abandonne tout, il n'y a pas de moyen terme. On ajoute que le texte est favorable à cette interprétation. Il semble dire en effet que, toutes les fois que la femme abandonnera l'immeuble à la communauté, elle deviendra créancière d'une portion du prix. Le législateur suppose donc que la femme est toujours obligée d'abandonner sa part, même lorsque cette part n'a pas été acquise par le mari (1).

Cet argument de texte est peu concluant. Les rédacteurs du Code n'ont pas pu insérer dans l'article 1408 un membre de phrase corrélatif à chacune des hypothèses qu'ils ont entendu englober dans un même texte. Ils se contentent de décider d'une façon générale que la femme, en abandonnant l'immeuble à la communauté, deviendra créancière de la portion du prix qui lui revient. Oui, sans doute ; à condition qu'une portion du prix lui revienne ! D'ailleurs, s'il faut suivre nos adversaires sur ce terrain, ce que nous ne faisons qu'à regret, nous avons le droit de leur dire que, même si nous admettions leur doctrine, l'article 1408 nous semblerait rédigé d'une façon incorrecte ou incomplète. Car, si les parts des copropriétaires ont été acquises

1. Duranton. T. XIV, nº 206. — Troplong. Contrat de mariage, T. I, nº 685. — Dalloz, vº Contrat de mariage, nº 855.— Babinet. Dissertation citée.

à l'amiable, ce n'est pas une *portion du prix* qui devrait revenir à la femme en échange de sa part de propriété, mais une valeur proportionnée au prix que le mari a payé pour les autres parts. Ceci nous montre que le législateur ne pouvait pas prévoir et régler d'une façon précise toutes les hypothèses possibles, et qu'on a plus de chances de rencontrer de bons arguments en étudiant l'esprit d'une disposition légale qu'en épiloguant sur son texte.

Quant au désir du législateur de voir cesser l'indivision, nous ne le contestons certes pas. Il serait à souhaiter sans doute qu'une fois l'option faite, toutes les parts de propriété fussent, dans tous les cas, réunies sur une même tête. Mais, nous ne pouvons voir là qu'une considération qui ne saurait prévaloir contre les principes.

Enfin, et ceci nous semble décisif, si l'on adoptait ce système, l'institution protectrice de l'article 1408 se retournerait contre la femme. Sans doute, on lui donne le choix entre deux partis : mais si ces deux partis lui répugnent également? S'il ne lui convient ni d'acquérir les parts de ses copropriétaires, ni de se défaire de la sienne, pourquoi la condamnerait-on à cette alternative? Elle ne demandait qu'à conserver ce qui lui appartenait ; pourquoi sa situation se trouverait-elle modifiée par un contrat ou par une série de contrats auxquels

elle est restée étrangère ? Au nom de quel principe et dans quel but obligerait-on du même coup la femme à se dépouiller d'un bien qu'elle aurait désiré garder, et la communauté à acquérir un bien auquel elle ne tenait pas ? Ce serait, il faut l'avouer, prêter au législateur une singulière exigence.

Nous déciderons donc, dans cette seconde hypothèse, que la femme conserve sa part, qu'elle exerce ou qu'elle n'exerce pas le retrait ; son droit d'option ne porte que sur les portions acquises par la communauté.

CHAPITRE IV

A QUELLES CONDITIONS LE DROIT D'OPTION PEUT-IL ÊTRE EXERCÉ?

Le législateur a pris soin d'indiquer lui-même, dans l'article 1408-2°, quelques-unes des conditions auxquelles il entend subordonner l'exercice du Retrait d'indivision. Si le texte est incomplet, les idées générales que nous avons exposées au début de cette étude sur la nature de notre droit d'option, nous permettent d'en combler les lacunes.

Toutes les conditions expressément ou implicitement exigées par la loi nous paraissent pouvoir être résumées dans cette formule unique : Pour que le retrait d'indivision puisse être exercé, il faut supposer l'acquisition totale ou partielle d'un immeuble déterminé, dont une portion indivise faisait antérieurement partie des propres de la femme ; acquisition faite par le mari, en son nom personnel ; acquisition de nature à faire un conquêt.

Parmi ces conditions, il en est trois qui présentent une importance particulière, et sur lesquelles

nous nous proposons d'insister : 1° il faut que l'acquisition porte sur un immeuble déterminé; 2° il faut qu'elle soit faite par le mari, agissant en son nom personnel ; 3° il faut qu'elle soit de nature à produire un conquêt.

§ 1. — Un immeuble déterminé.

Nous ne devons pas oublier que le droit d'opérer un retrait, droit singulièrement énergique, en vertu duquel un tiers s'introduit de force dans un contrat, pour écarter l'une des deux parties et prendre sa place, est un privilège exceptionnel dont le législateur, le législateur moderne surtout, se montre peu prodigue. Lorsqu'il croit utile d'accorder cette puissante garantie, il détermine avec soin les conditions nécessaires pour en jouir, et il ne nous est pas permis de franchir les limites qu'il a lui-même posées ; il ne nous est pas permis d'étendre, par analogie, de l'hypothèse prévue par la loi à une hypothèse voisine, une faveur aussi exorbitante.

Ainsi, puisque l'article 1408 ne vise que les *immeubles*, nous ne devrons dans aucun cas, sous aucun régime, admettre le retrait d'indivision à propos d'une acquisition mobilière. A vrai dire, il y a là dans la loi une lacune regrettable. Supposons

qu'une femme, mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, hérite de la moitié indivise d'un fonds de commerce. Si le mari achète en son nom personnel et fait entrer dans la communauté l'autre moitié, celle du cohéritier, la femme n'a aucun moyen de retirer cette part indivise de la masse commune, pour la réunir à celle qui lui appartient en propre (1). Le législateur aurait pu étendre la disposition de l'article 1408 à tous les propres de la femme, quelle que fût leur nature. Mais, il s'est contenté de suivre la tradition ; et comme la loi 78 n'avait parlé que du fonds dotal, *fundus dotalis*, comme notre ancienne jurisprudence avait suivi les mêmes errements, les rédacteurs du Code civil ne songèrent qu'aux immeubles. D'ailleurs, la fortune mobilière avait trop peu d'impor-

1. Si la femme achetait elle-même la moitié indivise de son cohéritier, cette moitié ainsi acquise formerait-elle un propre ou un conquêt ? Suivant nous, elle formerait un conquêt. Il n'est pas possible, en effet, d'étendre à cette hypothèse le premier alinéa de l'article 1408, puisque ce premier alinéa, de même que le second, s'applique exclusivement aux immeubles.

A défaut de l'article 1408, pourrait-on invoquer du moins l'article 883 ? Pourrait-on soutenir que le fonds de commerce est propre pour le tout, en vertu de l'effet déclaratif du partage ? Nous ne le croyons pas. Ce serait attribuer à l'article 883 une portée que le législateur n'a pas entendu lui donner. La fiction de l'effet déclaratif ne doit pas intervenir dans les rapports de chacun des copartageants avec ses ayants-cause. (Colmet de de Santerre, t. VI, p. 82.)

tance en 1804, pour qu'on la jugeât digne d'une semblable protection.

Allons plus loin : puisque notre texte prévoit exclusivement l'acquisition de tout ou partie d'un immeuble *déterminé*, nous devons refuser à la femme le droit d'exercer le retrait d'indivision, dans le cas où l'acquisition faite par le mari porte sur une part indivise d'une universalité. Précisons l'hypothèse. La femme est appelée à une succession qui se compose uniquement d'immeubles, ou qui comprend à la fois des meubles et des immeubles. La moitié de cette succession lui revient. L'autre moitié, celle du cohéritier, est achetée par le mari pour le compte de la communauté. La femme a-t-elle le droit de retirer de la masse commune et de s'approprier les portions d'immeubles qui se sont trouvées comprises dans cette acquisition ? Cette question a donné lieu à une vive controverse. Pour nous, nous ne croyons pas que la règle exceptionnelle de l'article 1408 puisse être étendue à cette hypothèse (1).

Le législateur n'a pas jugé à propos d'accorder dans ce cas à la femme le droit d'exercer le retrait.

1. En ce sens : Rodière et Pont. I, nº 625. — Dalloz, vº Contrat de mariage, nº 837. — Cassation, 25 juillet 1844. Dalloz, 1844, 1, 428. — Riom, 15 novembre 1869. Dalloz. 1869, 2, 231.

Contrà : Troplong, I, nº 676. — Aubry et Rau, t. V, p. 312. — Toulouse, 27 janvier 1814. Nîmes, 5 avril 1843. Dalloz, vº Contrat de mariage, nº 838.

Nous ajoutons qu'il a bien fait de ne pas le lui accorder. En effet, lorsqu'on examine attentivement les conséquences pratiques de la doctrine que nous combattons, on s'aperçoit que cette doctrine aboutit à un résultat peu équitable. Elle favorise outre mesure la femme, elle sacrifie au-delà de toute raison les intérêts de la communauté et du mari. Voici comment. Une acquisition de droits successifs est toujours plus ou moins aléatoire. L'acquéreur qui ne connaît pas encore au juste la consistance de la succession, l'importance des charges, accepte un risque, et il fait entrer ce risque en ligne de compte au moment de la fixation du prix. Mais, si l'on reconnaît à la femme le droit d'exercer le retrait à l'occasion d'un contrat de cette nature, elle attendra bien évidemment le résultat de la liquidation pour prendre un parti. Elle ne revendiquera le marché que s'il est, en définitive, avantageux : de telle sorte que permettre à la femme d'exercer le retrait d'indivision, dans cette hypothèse, c'est lui permettre de se substituer à la communauté dans un contrat aléatoire, à un moment où l'*alea* n'existe plus.

Quelques chiffres feront mieux saisir ce qu'il y a de choquant dans ce résultat. Le mari a payé la part du cohéritier 60,000 francs. Si, une fois la liquidation faite et les charges acquittées, cette part ne comprend en fin de compte que 50,000 fr., 25,000

francs d'immeubles et 25,000 francs de meubles, la femme se gardera bien d'intervenir. Car si elle retirait les immeubles qui valent 25,000 francs, elle devrait à la communauté une récompense de 30,000 francs. Si au contraire, toutes charges payées, la part acquise par le mari comprend un actif net de 80,000 francs, 40,000 francs d'immeubles et 40,000 francs de meubles, la femme usera certainement de son droit de retrait : elle prendra des immeubles valant 40,000 francs ; elle les paiera à la communauté 30,000 francs. Le mari, il est vrai, ne les a pas payés davantage. Mais combien les conditions sont différentes ! Ce qui est pour la femme un contrat commutatif exceptionnellement avantageux, n'était qu'un contrat aléatoire pour le mari. Il a acheté à ses risques et périls ; il a accepté les mauvaises chances comme les bonnes. Et la femme aurait le droit de réclamer le bénéfice de ce marché, alors que toutes les mauvaises chances ont disparu ! Elle aurait le droit de se substituer à la communauté dans le contrat passé avec son cohéritier, à un moment où ce contrat a changé de nature !

Essayons maintenant de réfuter les arguments de nos adversaires. Il y en a deux principaux. On nous dit d'abord qu'il ne faut pas prendre à la lettre les termes employés par l'article 1408. « Il est évident que le mot *immeuble* n'a pas été pris, dans l'article

1408, pour désigner un corps certain, mais bien, par opposition au terme *meuble,* pour indiquer les objets qui, d'après leur nature, sont exclus de la communauté légale ; et dès lors le texte de cet article ne s'oppose nullement à ce qu'on en étende la disposition à l'acquisition de droits successifs immobiliers. » (1) C'est ainsi que MM. Aubry et Rau formulent l'argument.

Une telle interprétation, il faut l'avouer, est un peu fantaisiste. Ajoutons qu'elle est dangereuse et qu'elle peut mener très-loin. Le mot *immeuble,* dans notre article, est synonyme de *bien propre,* nous dit-on. Fort bien. Nous accorderons donc à la femme le retrait d'indivision à l'occasion de tous ses biens propres. Mais l'article 1408 ne s'applique pas seulement à la communauté légale ; tout le monde est d'accord pour l'étendre à la communauté réduite aux acquêts. Et comme, dans ce régime, la femme peut avoir des propres mobiliers, nous devrons lui reconnaître le droit d'exercer le retrait même sur des meubles. Quelques arrêts ont paru aller jusque-là. (2) Mais, comme l'a fort bien dit la Cour de Riom, « une telle conséquence force trop les termes de la loi pour ne pas en violer l'esprit. »

1. Aubry et Rau, page 312, note 95.
2. Toulouse. 27 janvier 1814. — Nîmes, 5 avril 1843.

Nos adversaires invoquent un second argument : ils s'appuient sur les précédents, notamment sur la jurisprudence de certains parlements du Midi. Il paraît que plusieurs arrêts du parlement de Toulouse avaient reconnu à la femme le droit de se prévaloir de la loi 78 à propos d'une acquisition de droits successifs faite par son mari (1). Nous récusons l'autorité de cette jurisprudence. Souvenons-nous en effet que le droit accordé à la femme n'était pas alors un retrait. Souvenons-nous que, dans la jurisprudence des parlements du Midi, on ne connaissait même pas le droit d'option et que l'accroissement était imposé à la femme (2). Dès lors, il n'y avait rien de choquant à admettre cet accroissement à propos d'une acquisition de droits successifs, puisque la femme était obligée de prendre pour elle le marché aléatoire conclu par son mari, avec tous ses risques, puisqu'elle n'avait aucun moyen de s'y dérober.

Nous croyons donc qu'il faut s'en tenir aux termes de l'article 1408 et qu'il ne faut admettre le retrait d'indivision, qu'autant que l'acquisition faite par le mari porte sur la totalité ou sur une portion d'un immeuble déterminé.

1. Toulouse. 27 janvier 1814.
2. Voir notre chapitre I.

§ 2. — Acquisition faite par le mari en son nom personnel.

L'article 1408 exige que le mari ait figuré dans le contrat *seul* et *en son nom personnel*. Il importe de ne pas se méprendre sur le véritable sens de ces expressions. Ce que la loi a entendu exclure, c'est le cas d'une acquisition faite pour le compte de la femme. Ce qu'elle exige, c'est que l'acquisition soit faite par le mari *agissant autrement que pour représenter ou assister sa femme* (1).

Si, en effet, la personne de la femme est au premier plan dans l'opération, si c'est elle qui se porte adjudicataire ou qui achète, soit avec l'assistance de son mari, soit par le ministère de son mari, il n'y a plus de place pour le retrait d'indivision, ce n'est plus le second paragraphe de l'article 1408 qui s'applique ; c'est le premier paragraphe. Lorsque l'un des époux acquiert une portion d'un immeuble dont il était propriétaire par indivis, le bien acquis est propre, *ab initio* et d'une façon irrévocable. Il ne peut donc être question de retrait, qu'autant que la femme n'a pas figuré dans le contrat par lequel ses copropriétaires se sont dépouillés, qu'autant que le mari a agi en son nom personnel et pour le compte de la communauté.

1. Marcadé. T. V, p. 491.

Point de retrait,par conséquent, lorsque la femme a concouru à l'acte d'acquisition. L'immeuble est propre, aux termes du premier alinéa de l'article 1408. Et pour cela il n'est pas nécessaire, quoi qu'en dise Toullier (1), qu'elle ait manifesté d'une façon expresse l'intention d'acquérir pour elle-même. Son intervention dans le contrat fait présumer cette volonté (2).

Mais si, en achetant conjointement avec son mari, elle déclare formellement qu'elle entend que l'opération soit faite pour le compte de la communauté, la situation est toute différente. L'immeuble est alors un conquêt; et nous ne reconnaissons même pas à la femme le droit de le retirer de la masse commune. (3) Car nous ne pouvons voir dans son intervention qu'une renonciation immédiate au bénéfice du retrait, par laquelle elle consolide et rend définitive l'acquisition faite au profit de la communauté. Et nous verrons plus loin qu'elle n'a pas besoin d'attendre la dissolution de la communauté pour faire une renonciation valable.

Mais,en dehors de cette hypothèse exceptionnelle,

1. Toullier. T, XII, n° 164.
2. Rodière et Pont, T. I, p. 543.
3. Toullier. T. XII, n° 164.— Laurent, T. XXI. p. 376. — Bruxelles, 31 décembre 1847. Pasicrisie, 1849. 2, 315. —
Contrà : Duranton. T. XIV, n° 205. — Rodière et Pont, T. I, p. 542. — Marcadé. T. V, p. 491.

toutes les fois que la femme prend part au contrat, elle fait immédiatement entrer l'immeuble dans son patrimoine propre.

Point de retrait non plus, lorsque le mari a agi seul, mais en vertu d'une procuration de la femme, et comme son mandataire. C'est comme si elle avait fait elle-même l'acquisition.

Mais, voici une hypothèse plus délicate : le mari a figuré seul au contrat, et il a déclaré agir pour le compte de sa femme, bien qu'il n'eût reçu d'elle aucun mandat. Dirons-nous, avec M. Troplong (1), que cette déclaration suffit pour lier la femme, et que l'accroissement de propriété s'opère à son profit, aux termes de l'article 1408 — 1er alinéa, sans qu'elle puisse s'y dérober ? Non, évidemment. Comme le remarquent MM. Aubry et Rau, « il ne saurait dépendre du mari, en déclarant qu'il acquiert pour le compte de la femme, de priver celle-ci de son droit d'option, et de lui imposer une acquisition qu'elle ne jugerait pas convenable d'accepter. » (2) Ce *mandat tacite* d'augmenter le patrimoine propre de sa femme, où le puiserait-il ? Aucun article du Code ne le lui confère, sous aucun régime matrimonial.

Mais alors dirons-nous, avec presque tous les auteurs, que la femme, dans notre hypothèse, jouit de

1. Troplong, op. cit., nos 670, 671.
2. Aubry et Rau, op. cit., page 313, note 97.

son droit de retrait, comme si le mari avait déclaré agir pour le compte de la communauté ? Pas davantage. Oh ! sans doute, nous lui reconnaissons un droit d'option. Mais le droit d'option que nous lui attribuons ici, ce n'est pas une faculté de retrait : c'est tout simplement le droit qui appartient à tout *dominus negotii* de ratifier ou de ne pas ratifier l'acte d'un gérant d'affaires (1). Et nous avons suffisamment montré, dans un chapitre précédent (2) en quoi diffèrent ces deux espèces de droit d'option.

Mais hâtons-nous de faire une réserve importante. Nous n'appliquons cette doctrine que s'il s'agit d'une gestion d'affaires proprement dite, d'une *gestion d'affaires simple*. Et l'opération a le caractère d'une gestion d'affaires simple, lorsque le mari se présente avec la seule qualité de gérant d'affaires ; lorsqu'il tient aux copropriétaires de la femme le langage suivant : *Je vous achète votre part indivise pour le compte de ma femme ; si elle refuse sa ratification, il n'y aura rien de fait, ce marché sera réputé non avenu.*

Mais, il est possible qu'il leur tienne un langage tout différent ; il est possible qu'il se présente avec un double caractère et qu'il leur dise : *Je vous achète votre part indivise. J'entends que cette acquisition pro-*

1. Laurent. T. XXI, p. 378.
2. Chapitre II.

fite à ma femme, votre copropriétaire, si elle y consent ; mais, quand même elle refuserait de la ratifier, le marché tiendra entre vous et moi. Nous nous trouvons alors en présence d'une *gestion d'affaires compliquée*. Ou plutôt la gestion d'affaires n'est plus ici que l'accessoire : l'acte principal, dominant, c'est l'acquisition faite par le mari en son nom personnel et pour le compte de la communauté. Nous sommes donc dans les conditions exigées par l'article 1408 — 2e alinéa, et, dans ce cas, c'est bien le retrait d'indivision que nous accorderons à la femme. Car on doit supposer que c'est cette faculté de retrait que le mari a entendu lui réserver dans le contrat d'acquisition.

On peut se demander s'il ne conviendrait pas d'appliquer à cette hypothèse les règles de la *déclaration de command*, de préférence à celle du retrait.

Les deux situations se ressemblent en effet beaucoup. L'adjudicataire qui se réserve la faculté de déclarer command, acquiert, lui aussi, l'immeuble pour le compte d'un tiers, en qualité de gérant d'affaires, sauf à prendre pour lui-même l'opération, si ce tiers refuse d'en profiter (1). Et le mari aurait intérêt à écarter le système du retrait pour se prévaloir des règles de la déclaration de command, car il

1. Dalloz, vo Vente publique d'immeubles, nos 1706, 1716, 1719.

aurait alors le droit de mettre immédiatement sa femme en demeure de prendre un parti, sans être obligé d'attendre la dissolution de la communauté. Si l'on adoptait cette manière de voir, le retrait d'indivision proprement dit ne trouverait son application que dans le cas où le mari a fait l'acquisition exclusivement en son nom personnel.

Mais, malgré l'analogie des deux situations, nous ne croyons pas devoir faire intervenir ici la théorie de la déclaration de command. On a souvent abusé de cette théorie, notamment à propos du remploi (1). Lorsqu'on lui donne une pareille extension, on oublie qu'elle est faite, en réalité, pour régir une hypothèse toute particulière, celle où le gérant d'affaires, pour un motif quelconque, ne veut pas faire connaître le nom du tiers pour lequel il agit. Le secret gardé au moment de l'adjudication sur le nom du véritable intéressé, telle est l'unique raison d'être, tel est le trait essentiel de cette institution. Or cet élément fait complètement défaut dans notre espèce.

D'ailleurs, lorsqu'on va au fond des choses, on s'aperçoit que l'hypothèse d'une adjudication avec réserve de la faculté de déclarer command n'est pas, de tous points, semblable à l'hypothèse dont nous nous occupons en ce moment. Dans le premier cas,

1. Mourlon. Traité de la transcription. T. I, p. 150.

l'acquéreur se réserve à lui-même une certaine faculté, un certain droit d'option. Dans le second cas, l'acquéreur, le mari, réserve bien dans le contrat une faculté, un droit d'option, mais c'est au profit d'un tiers, c'est au profit de la femme. « Le mari n'a aucune déclaration à faire : il n'a aucun moyen de changer les effets du contrat qu'il a formé. La femme seule a un choix à émettre, une volonté à exprimer (1). »

Enfin, il serait dangereux d'appliquer les règles de la déclaration de command à l'hypothèse d'une gestion d'affaires compliquée. Car ces règles étant, ainsi que nous l'avons dit, plus favorables au mari que celles du retrait, il ne manquerait pas de faire l'acquisition sous cette forme, au lieu d'agir purement et simplement en son nom personnel. Ce serait lui offrir un moyen de diminuer les garanties que le législateur accorde à la femme, et d'éluder, au moins pour partie, la disposition protectrice de l'article 1408.

On ne peut donc concevoir, suivant nous, que trois situations différentes. Lorsque l'acquisition a été faite par la femme elle-même ou par le mari mandataire de la femme, c'est le premier alinéa de

1. Labbé. Revue pratique. T. IV, p. 51. — C'est à propos du remploi que M. Labbé s'exprime en ces termes. Mais ces paroles s'appliquent tout aussi exactement à notre hypothèse.

l'article 1408 qui s'applique. Lorsque le mari a fait l'acquisition en qualité de gérant d'affaires de sa femme, et en cette seule qualité, c'est encore la première disposition de l'article 1408 qui trouve son application ; mais il faut la combiner avec les principes de la gestion d'affaires. Enfin, toutes les fois que le mari a, d'une façon principale ou subsidiaire, acquis l'immeuble pour son compte personnel, la femme doit jouir du retrait d'indivision, aux termes du deuxième alinéa de notre article.

§ 3. Acquisition de nature à faire un conquêt.

Il ne suffit pas que le mari acquière tout ou partie d'un immeuble déterminé ; il ne suffit pas qu'il agisse en son nom personnel ; il faut quelque chose de plus : il faut que l'acquisition imprime à l'immeuble le caractère de conquêt. Ce n'est en effet que sur les biens de la communauté, ce n'est que sur les conquêts, que la femme peut exercer le retrait d'indivision.

Il est, par suite, essentiel que l'acquisition soit faite à titre onéreux, car si le copropriétaire de la femme donne ou lègue sa part au mari, cette part indivise devient un propre du mari, aux termes de l'article 1405 ; et la femme ne peut pas l'en dépouiller. Il n'y avait pas de motif pour étendre l'article

1408-2° aux dons et aux legs : le calcul que cet article a voulu déjouer, l'abus de pouvoir qu'il entend prévenir, ne sont pas à redouter dans une acquisition de cette nature. D'ailleurs, il n'y a jamais de retrait à propos d'une acquisition à titre gratuit. C'est une règle générale, absolue, que nous avons empruntée à l'ancien droit. Le remboursement du *prix* est la condition essentielle de tout retrait ; et comment le retrayant pourrait-il rembourser un prix, s'il retirait un bien donné ou un bien légué ? (1).

Ce sont donc les acquisitions à titre onéreux qui donnent ouverture au retrait d'indivision. Tantôt c'est un échange contre un bien de la communauté; tantôt c'est une vente amiable ; tantôt, une adjudication sur licitation.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux a refusé d'admettre le retrait d'indivision à propos d'une adjudication sur saisie immobilière. Nous approuvons cette solution, mais nous n'adoptons pas les motifs donnés par cet arrêt (2).

Voici quel était le raisonnement de la Cour de Bordeaux. L'article 711 du Code de procédure interdit au saisi de se porter adjudicataire. La femme, étant une des parties saisies, ne peut donc se por-

1. Duranton. T. XIV, n° 202. — Rodière et Pont. op. cit. n° 626. — Dalloz, v° Contrat de mariage, n° 840.

2. Bordeaux, 10 août 1870. Dall. 1871, 2, 153.

ter adjudicataire, ni personnellement, ni par le ministère d'un tiers. Or, le droit d'option de l'article 1408 reposant, suivant cet arrêt, sur cette idée que le mari a agi dans l'intérêt de sa femme, et pour le compte de sa femme, si l'on admettait ce droit d'option dans notre hypothèse, il faudrait dire que le mari, en se portant adjudicataire, n'était que le prête-nom de l'une des parties saisies, et l'adjudication serait nulle aux termes de l'article 711.

Il est facile d'apercevoir le vice de cette argumentation. La Cour de Bordeaux rattache sa solution à un système erroné, que nous avons repoussé dans un de nos chapitres précédents, elle explique le droit d'option de l'article 1408 par l'idée d'une gestion d'affaires ou d'un mandat tacite, tandis que nous voyons dans ce droit une faculté de retrait.

Mais l'article 711 du Code de procédure nous fournit un argument tout différent. Puisque la femme, étant incapable de se porter adjudicataire, ne peut pas acquérir directement l'immeuble saisi, pourquoi lui permettrait-on de l'acquérir indirectement en exerçant le retrait? Ainsi que nous l'avons dit au début de cette étude, si le législateur a octroyé à la femme une faculté de retrait, s'il lui a permis de prendre pour elle l'acquisition faite par le mari, c'est parce qu'il a pensé que ce dernier avait

pu l'empêcher de faire elle-même cette acquisition. Mais, dans le cas d'une adjudication sur saisie, un pareil abus de pouvoir n'est pas à redouter. Il n'y a donc aucune raison pour accorder à la femme la garantie du retrait d'indivision (1).

Cette hypothèse particulière mise à part, peut-on dire que toute acquisition à titre onéreux, sans exception, donne ouverture au retrait d'indivision ? Cela serait vrai, sans doute, si toute acquisition à titre onéreux, sans exception, produisait un conquêt. Mais, dans certains cas, en vertu des principes du régime de communauté, l'immeuble acquis par le mari à titre onéreux, au lieu de tomber dans la masse commune, devient un propre du mari. Dans ces hypothèses exceptionnelles, nous ne permettrons pas à la femme de retirer l'immeuble, car ce n'est pas sur les propres du mari, c'est seulement sur les immeubles de la communauté qu'elle peut exercer le retrait d'indivision.

A quelles hypothèses faisons-nous allusion ? Nous pouvons d'abord supposer que le mari, la femme et un étranger se trouvent copropriétaires du même immeuble. Si le mari achète la part du copropriétaire étranger, ou se porte adjudicataire de l'immeuble entier, c'est le premier alinéa de l'article 1408 qui s'applique : les portions acquises par le

1. Laurent, t. XXI, p. 381.

mari doivent s'adjoindre à la portion qu'il possède en propre, et la femme ne peut pas les lui enlever. Puisque les deux époux ont un intérêt égal et de même nature, et que le mari a fait l'acquisition, il n'y a pas de motif pour faire prévaloir l'intérêt de la femme (1).

On peut supposer encore que le mari a échangé un de ses immeubles propres contre la part indivise du copropriétaire de sa femme ; ou bien, qu'après avoir aliéné un de ses propres, et avec les deniers provenant de cette aliénation, il a acheté la part indivise du copropriétaire de sa femme, en accompagnant cette acquisition d'une déclaration de remploi. L'article 1407, l'article 1434 nous disent que le bien acquis dans ces conditions est propre au mari. Dès lors, la femme sera privée de son droit de retrait (2). Et cette solution n'est pas seulement conforme à la rigueur des principes, elle nous semble encore fort équitable. Car, dans ces deux hypothèses, en dehors de tout calcul égoïste ou frauduleux, le mari a un intérêt sérieux à ce que la femme ne retire pas l'immeuble, puisque cet immeuble remplace dans son patrimoine propre le bien dont il s'est dépouillé.

1. Duranton, t. XIV, n°202. — Rodière et Pont, op. cit. n° 626.
2. Marcadé, op. cit., page 491. — En sens opposé : Dictionnaire des Droits d'Enregistrement. V° Communauté, n° 319.

CHAPITRE V

PAR QUI LE DROIT D'OPTION PEUT-IL ÊTRE EXERCÉ ?

Le droit d'option de l'article 1408, le droit de retirer l'immeuble acquis par le mari, ou de le laisser dans la masse commune, appartient en principe à la femme (1).

Mais, si elle meurt sans avoir pris parti, ce droit passe à ses héritiers. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point (2). Héritiers légitimes, successeurs irréguliers, légataires universels, peu importe. Il y aurait toutefois une exception à cette règle, d'après

1. Si, renversant l'hypothèse, nous supposons que la femme a acquis en son nom personnel tout ou partie d'un immeuble dont le mari possédait une part indivise, il est évident que le mari ne jouit pas du droit d'option de l'article 1408. Dès lors les portions acquises par la femme tombent dans la communauté ; et si elle s'est portée adjudicataire sur licitation de l'immeuble entier, y compris la part indivise du mari, l'immeuble entier devient un conquêt. M. Colmet de Santerre et M. Laurent estiment au contraire que l'adjudication est nulle, en ce qui concerne la part du mari. Suivant eux, en effet, l'article 1595, qui n'est pas écarté par une disposition spéciale, doit recevoir ici son application. Voir Laurent, t. XXI, p. 374.

2. Rodière et Pont, op. cit, n° 632. — Aubry et Rau, t. V, p. 313, note 98. — Colmet de Santerre, t. VI, p. 95.

MM. Rodière et Pont : le mari succédant à sa femme, soit aux termes de l'article 767, soit en qualité de légataire universel, ne jouirait pas de la faculté de retrait. A vrai dire, nous ne voyons rien qui justifie cette exception(1). Pourquoi lui interdirait-on d'exercer le retrait d'indivision, s'il avait intérêt à le faire ? Mais cet intérêt, hâtons-nous de le dire, nous avouons ne pas l'apercevoir. Le mari aura beau retirer l'immeuble de la communauté et en faire un propre de sa femme, il n'en sera pas moins obligé de respecter les droits qu'il a consentis sur cet immeuble au cours du mariage, puisqu'il est tenu de garantir les tiers qui ont contracté avec lui. Quant aux droits de succession, s'il laisse le bien dans la masse commune, il les paiera sur la moitié seulement de ce bien ; tandis qu'il devrait les payer sur la totalité, si c'était un propre de la femme.

Nous pensons aussi, bien que ce soit vivement contesté, que les créanciers de la femme doivent être admis à exercer le droit d'option de l'article 1408, si leur débitrice néglige de l'exercer elle-même.

1. La plupart des auteurs refusent, il est vrai, au mari, héritier ou légataire de sa femme, le droit de renoncer du chef de celle-ci à la communauté. On ne peut pas admettre, disent-ils, que le mari use d'un droit qui a été établi contre lui. Cet argument ne nous paraît pas concluant, et nous inclinons à penser que l'on devrait lui permettre de renoncer à la communauté du chef de sa femme. Cette dernière solution est admise par MM. Championnière et Rigaud (Le Contrôleur, art. 6231).

Cette doctrine est celle de la plupart des auteurs (1). Mais elle a été combattue par MM. Troplong (2) et Larombière (3), et la jurisprudence l'a plusieurs fois repoussée (4).

Aux termes de l'art. 1166 du Code civil, « les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. » Comment faut-il interpréter cet article 1166 ? Le droit d'option de l'article 1408 est-il un de ces droits exclusivement attachés à la personne, dont l'exercice est refusé aux créanciers ? Est-il compris dans la règle, ou dans l'exception ? Toute la question est là.

C'est un droit essentiellement personnel, nous dit-on. Car c'est un privilège, c'est une faveur exorbitante destinée à garantir la femme contre un abus de pouvoir du mari. Bien plus, ce privilège est une faculté de retrait. Or, toute faculté de retrait était considérée, dans l'ancien droit, comme une prérogative attachée à la personne. Nos vieux auteurs

1. Duranton, t. XIV, n° 203. — Rodière et Pont, t. I, n° 633. — Babinet. Dissertat. citée. — Marcadé, t. V, p. 495. — Demolombe, t. XXV, n°s 90 et 91. — Aubry et Rau, t IV, page 129, note 49. — Colmet de Santerre, t. VI, p. 95.

2. Troplong. Contrat de mariage, t. I, n° 677.

3. Larombière. Obligations, t. I, art. 1166, n° 14.

4. Cassation (Ch. civ.), 14 juillet 1834, Sir. 34, 1, 533. — Riom, 10 février 1836, Sir. 36, 2, 186. — Cassation (Ch. req.) 8 mars 1837. Sir. 37, 1, 331.

ne permettaient pas aux créanciers d'exercer le retrait lignager, aux lieu et place de leur débiteur. Et aujourd'hui nous n'accordons pas davantage aux créanciers du cohéritier l'exercice du retrait successoral. Pourquoi appliquerait-on une règle différente au retrait d'indivision ? Tels sont les arguments que nous trouvons développés dans les arrêts de la Cour de cassation de 1834 et 1837, et dans l'arrêt de la Cour de Riom de 1836.

Pour nous, nous n'hésitons pas à dire que le droit d'option de l'article 1408 est compris dans la règle générale posée par l'art. 1166.

On prétend assimiler notre retrait d'indivision au retrait lignager, au retrait successoral. Mais cette assimilation n'est pas légitime. Si les facultés de retrait auxquelles on fait allusion, ont dû être considérées comme exclusivement attachées à la personne, c'est à cause de leur destination spéciale. Le retrait lignager était destiné à sauvegarder un intérêt d'ordre moral : « il avait pour but la conservation des biens dans les familles, et ce but évidemment ne pouvait être atteint qu'autant que le retrait était exercé par celui, et au profit de celui auquel il était accordé. » (1) Il est certain que, si les créanciers du lignager avaient été autorisés à

1. Demolombe.

retraire l'immeuble vendu à un étranger, afin de pouvoir le saisir et le mettre en adjudication, le retrait lignager aurait manqué son but. Nous pourrions en dire autant du retrait successoral, qui a pour objet d'écarter les étrangers du partage.

Mais, en accordant à la femme le retrait d'indivision, le législateur s'est inspiré de considérations toutes différentes. Ce n'est pas la personne de la femme qu'il a voulu protéger, c'est son patrimoine, c'est à ses intérêts pécuniaires qu'il a entendu donner une garantie. Or, des intérêts de cette nature peuvent être utilement défendus par les créanciers. Le droit d'option n'a pas besoin d'être exercé par la femme elle-même, pour produire tout l'effet que le législateur en attend.

Mais, du moins, nous dit-on, c'est un privilège, et les privilèges sont personnels. Cet argument ne nous convainc pas davantage. Car nous pourrions citer bien des privilèges dont l'exercice est accordé aux créanciers. Et, sans chercher nos exemples en dehors du régime de communauté, est-ce que le droit de renoncer à la communauté, est-ce que l'hypothèque légale de la femme ne sont pas des privilèges ? Et pourtant on permet aux créanciers d'exercer ces différents droits, aux lieu et place de leur débitrice.

Le droit d'option de l'article 1408 n'est donc pas

exclusivement attaché à la personne de la femme. C'est un droit pécuniaire ; il fait partie du patrimoine ; il a été organisé dans l'intérêt du patrimoine. Il peut donc être exercé par les créanciers. Si la femme n'use pas de son droit d'option, ses créanciers, après l'avoir mise en demeure (1) de prendre un parti, peuvent opter à sa place ; et, suivant leur intérêt, ils retireront l'immeuble ou l'abandonneront, au contraire, à la communauté.

Le plus souvent, ils auront intérêt à ce que leur débitrice exerce le retrait d'indivision. Il suffit, pour cela, de supposer que l'immeuble qui appartenait par indivis à la femme et dont le mari s'est rendu acquéreur, a augmenté de valeur depuis cette acquisition. Les créanciers mettront donc la femme en demeure de se prononcer. Si elle opte pour le retrait d'indivision, ils n'auront qu'à saisir l'immeuble avec ses autres biens. Si elle renonce, au contraire, à son droit de retrait, ils pourront faire révoquer cette renonciation, aux termes de l'article 1167, à la condition d'établir qu'elle a été faite en fraude de leurs droits. Enfin, si la femme, restant sourde à leur sommation, néglige de prendre parti, ils exerceront le retrait à sa place, en vertu de l'article 1166.

Mais, il est possible qu'une renonciation soit plus

1. Demolombe, t. XXV, p. 104. — Colmet de Santerre, t. V, p. 116.

avantageuse aux créanciers. Le mari, par exemple, s'est rendu adjudicataire d'un immeuble dont la moitié indivise appartenait à sa femme ; il l'a acquis au prix de 100.000 francs ; et depuis l'adjudication, la valeur de cet immeuble a diminué. Si la femme, lors de la dissolution de la communauté, laissait ce bien dans la masse commune, elle aurait droit à une récompense de 50.000 francs, et ses créanciers pourraient opérer une saisie-arrêt entre les mains du mari pour le montant de cette somme ; tandis qu'en exerçant le retrait, elle ferait une opération désavantageuse. Ses créanciers ont donc intérêt à ce qu'elle abandonne l'immeuble à la communauté, si toutefois le mari est solvable. Ils vont la mettre en demeure d'user de son droit d'option. Si, contrairement à leurs désirs, elle se décide à retirer l'immeuble, ils pourront attaquer ce retrait comme frauduleux. Si elle ne prend aucun parti, ils renonceront en son nom au droit de retrait, afin de pouvoir saisir-arrêter entre les mains du mari la récompense qu'il devra lui payer.

Enfin, si la femme peut exercer son droit d'option même avant la dissolution de la communauté, comme nous essaierons de le démontrer dans le chapitre suivant, il faut reconnaître le même droit aux créanciers, pourvu qu'ils justifient d'un intérêt sérieux.

CHAPITRE VI.

QUAND LE DROIT D'OPTION PEUT-IL ÊTRE EXERCÉ ?

Le législateur suppose, dans l'article 1408, que le droit d'option est exercé *lors de la dissolution de la communauté*. C'est. en effet, ce qui arrive le plus souvent. C'est d'ordinaire au moment de la liquidation, au moment où chacun des deux époux exerce ses reprises et prend sa part de la masse commune, que la femme se décide à retirer l'immeuble ou à le laisser dans la communauté.

Qu'elle use du retrait d'indivision ou qu'elle y renonce, l'exercice de son droit d'option n'est soumis à aucune forme sacramentelle. Une déclaration expresse n'est pas nécessaire. L'acte de partage, par la façon même dont il règle le sort de l'immeuble sujet au retrait, contient presque toujours une option implicite, qui est parfaitement suffisante (1). La femme prend parti, en réalité, en donnant son adhésion à la liquidation. Même avant le partage, elle peut accomplir certains actes qui constituent une

1 Rodière et Pont, op. cit., nº 639. — Colmet de Santerre, op. cit., page 87.

option tacite. Ainsi, lorsqu'après le décès de son mari, elle ratifie la vente qu'il a consentie de l'immeuble, cette ratification équivaut à une renonciation au retrait. Un arrêt de la Cour de cassation du 1er mai 1860 a consacré cette solution (1).

En principe, c'est donc à la dissolution de la communauté que la condition de l'immeuble est définitivement réglée.

Mais, la femme peut-elle exercer son droit d'option avant la dissolution de la communauté? Une fois la communauté dissoute, dans quel délai doit-elle prendre parti? La loi a omis de trancher ces deux questions fort importantes.

Peut-elle exercer son droit d'option avant la dissolution de la communauté?

La négative compte un certain nombre de partisans, notamment MM. Rodière et Pont (2), et Marcadé (3); et elle semble prévaloir dans la jurisprudence (4).

On se fonde d'abord, dans cette doctrine, sur le texte de l'article 1408. Cet article, dit-on, indique d'une façon précise l'époque à partir de laquelle la femme peut user de son droit. Elle a le choix *lors*

1. Dalloz. 1860, 1, 511.
2. Rodière et Pont, op. cit. n° 634.
3. Marcadé, t. V, page 492.
4. Cassation.25 juillet 1844, Sir. 44: 1. 614. —Nancy,9 juin 1854. Dall. 55, 2, 291 — Bordeaux, 15 mai 1871. Dall. 71, 2, 237.

de la dissolution de la communauté : cela veut dire que, jusqu'à la dissolution de la communauté. tout doit rester en suspens, et que la femme ne serait pas liée par une option prématurée.

On ajoute que, sans cette précaution, la garantie accordée à la femme serait le plus souvent illusoire. Si l'on admet qu'elle peut opter à un moment où elle se trouve encore dans la dépendance, sous la main du mari, c'est le mari qui dictera son choix. S'il se repent de s'être porté adjudicataire, il la déterminera à exercer le retrait. Il la poussera, au contraire, à renoncer, s'il est satisfait de son acquisition. On donne libre carrière à ses calculs égoïstes, et l'article 1408 manque son but!

Enfin, disent les partisans de la négative, on ne lèse en aucune manière les intérêts de la femme, en retardant l'époque de l'option, puisque la décision qu'elle prendra aura un effet rétroactif, puisqu'en exerçant le retrait, elle fera tomber tous les droits consentis sur l'immeuble par son mari.

Nous reconnaissons toute la force de cette argumentation ; pourtant, elle ne nous semble pas décisive, et nous pensons que la femme peut valablement prendre parti et se lier par son option, avant la dissolution de la communauté (1).

1. En ce sens : Troplong, t. I, n° 679. — Babinet. Dissertation citée. — Aubry et Rau, op. cit. page 314, note 101. — Cour de Lyon, 20 juillet 1843, Sir. 44, 2. 319.

Et d'abord, elle aura souvent un grand intérêt, quoi qu'on en dise, à se décider le plus tôt possible. La rétroactivité attachée à son option ne la protège pas contre les détériorations matérielles que peut subir l'immeuble. Par suite, si le mari l'a vendu à un tiers entre les mains duquel il est exposé à se déprécier, elle a intérêt à le revendiquer sans plus attendre. Mais ne peut-on pas supposer encore qu'elle est dans le commerce, qu'elle a besoin de crédit, et qu'elle veut retirer immédiatement l'immeuble, afin de l'hypothéquer à ses créanciers personnels ?

Et de même pour la renonciation. Une renonciation anticipée sera souvent nécessaire, pour que le mari puisse vendre ou hypothéquer l'immeuble ; et s'il n'a pas d'autre moyen de se procurer les fonds dont il a besoin pour le succès d'une entreprise, pour l'établissement des enfants communs, est-ce que l'intérêt de la femme, son intérêt bien entendu ne lui commande pas de sacrifier son droit de retrait ?

Pourquoi lui défendrait-on d'opter avant la dissolution de la communauté, si elle y trouve son avantage ? Par respect pour le texte de la loi ? Mais ce texte n'a pas la signification qu'on lui prête. Le législateur a voulu dire que la femme *ne pourrait pas être forcée* par le mari ou par ses ayants-cause de faire son choix avant la dissolution de la commu-

nauté. On lui permet de faire attendre sa décision et de tenir en suspens les droits des différents intéressés jusqu'à cette date : on ne l'y oblige pas. Cette règle, établie en sa faveur, ne peut pas se retourner contre elle.

Il nous reste à examiner la valeur d'une dernière objection. Est-il vrai de dire que, si nous permettons à la femme de prendre parti avant la dissolution de la communauté, nous lui retirons d'une main la protection que nous lui octroyons de l'autre, et que nous l'exposons aux abus de pouvoir dont le législateur a voulu la préserver? Ces craintes nous paraissent exagérées. Il ne faut pas oublier que le régime de communauté est un régime de liberté pour les époux. La loi ménage à la femme un certain nombre de garanties, mais elle ne les lui impose pas. Elle la protège de mille manières contre les actes de son mari ; mais elle ne la restitue jamais contre ses propres actes. Déclarer nulle l'option faite prématurément, ce serait introduire dans la loi une anomalie inexplicable ; ce serait mettre la loi en contradiction avec elle-même. La femme aurait eu le droit, tout le monde en convient, de se porter elle-même adjudicataire, avec l'autorisation de son mari, et de faire immédiatement entrer l'immeuble dans son patrimoine propre. Dès lors, pourquoi lui défendrait-on de s'approprier ce même immeuble

par le retrait d'indivision, lorsqu'il a été acquis par le mari ? De même, pourquoi lui interdirait-on de renoncer à son droit de retrait? Renoncer au retrait, c'est refuser d'acquérir un propre. Refuser d'acquérir un bien nouveau, c'est moins grave que d'aliéner un bien qu'on possède. Et cependant tout le monde reconnaît que la femme peut aliéner ses propres avec l'autorisation de son mari.

Notre système est donc en harmonie avec les principes du régime de communauté ; il est conforme, dans la plupart des cas, au véritable intérêt de la femme ; et le texte de l'article 1408 n'y fait point obstacle (1). Nous admettons en conséquence que la femme peut valablement exercer son droit d'option avant la dissolution de la communauté.

Cette option peut être expresse, et résulter d'une déclaration formelle. Elle peut aussi être tacite. Et ce qui est intéressant à remarquer, c'est que le même acte juridique, suivant le rôle que la femme y aura joué, pourra faire présumer tantôt un retrait, tantôt une renonciation. L'immeuble est vendu à un tiers, et les deux époux ont pris part à la vente. Si la femme s'est présentée comme propriétaire, si

1. M. Colmet de Santerre permet à la femme d'exercer le retrait, mais il ne lui permet pas d'y renoncer, avant la dissolution de la communauté. Cela tient au rôle qu'il fait jouer à l'article 1595. Voir notre chap. III. — Colmet de Santerre, t. VI, p. 86. — Laurent, t. XXI, p. 384.

c'est elle qui a vendu le bien, si le mari n'est intervenu que pour l'autoriser, elle est censée avoir opté pour le retrait (1). Si, au contraire, les deux époux ont vendu l'immeuble conjointement, comme un conquêt, l'intervention de la femme équivaut à une renonciation au retrait (2). Nous pourrions en dire autant d'une donation.

La communauté une fois dissoute, dans quel délai le droit d'option doit-il être exercé ? Cette seconde question nous retiendra moins longtemps que la première.

Il nous paraît évident qu'à partir de la dissolution de la communauté, soit que la femme accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, on peut la contraindre à s'expliquer. Elle ne jouit plus d'aucun délai. Il serait par trop rigoureux d'obliger le mari et ses ayants-cause à attendre encore trente années pour être fixés sur la nature et la valeur de leurs droits ! Il est même étrange que certains interprètes aient pu concevoir des doutes sur ce point (3). L'option de la femme est le préliminaire indispensable d'une liquidation ; or, il est clair qu'on ne saurait lui permettre d'entraver la liquidation, en refusant

1. Babinet. Dissertation citée.
2. En sens contraire : arrêt de la cour de Besançon du 20 mars 1850. Dalloz, 1852, 2, 287.
3. Voir Toullier, t. XII, n° 168.

obstinément de prendre parti. Le mari ou ses héritiers, les créanciers du mari, les tiers auxquels il a consenti des droits sur l'immeuble, peuvent donc, à partir de la dissolution de la communauté, mettre la femme en demeure de faire son choix (1). Si, malgré cette sommation, elle refuse de leur faire connaître ses intentions, ils s'adresseront aux juges qui la condamneront à opter dans un délai déterminé, sous peine d'être déchue du droit d'exercer le retrait.

Si toutefois, par impossible, la femme n'a pris parti ni expressément, ni tacitement, après la dissolution de la communauté, si elle n'a pas été mise en demeure de s'expliquer, elle conserve son droit d'option. Ce droit n'est prescrit qu'au bout de trente ans. Cette prescription a pour point de départ le jour de la dissolution de la communauté. Cependant, si la communauté se dissout au cours du mariage, il faut tenir compte de l'art. 2253 qui suspend la prescription entre époux, et les trente années ne commencent à courir qu'à partir de la dissolution du mariage (2).

Une fois cette prescription accomplie, quelle est la condition de l'immeuble ? Il reste ce qu'il était

1. Duranton, t. XIV, n° 210. — Rodière et Pont, op. cit. n° 636. — Aubry et Rau, op. cit. page 314. — Colmet de Santerre, op. cit. page 87.

2. Colmet de Santerre, page 86.

pendente conditione. Par suite, la doctrine que nous avons admise au sujet de la nature juridique de notre droit d'option, nous conduit à dire que l'immeuble est un conquêt, et que la prescription éteint le droit d'exercer le retrait qui appartenait à la femme. L'idée de gestion d'affaires impose une solution diamétralement opposée. Tant que la femme n'a pas désapprouvé l'acte fait par son mari, le bien acquis lui appartient en propre, et le silence gardé pendant trente ans équivaut à une ratification tacite. Mais pour nous l'immeuble, au jour de l'acquisition, devient un conquêt ; il conserve provisoirement ce caractère, tant que la femme n'use pas de son droit de retrait ; et lorsque la prescription l'a dépouillée de cette faculté exorbitante, le provisoire fait place au définitif.

CHAPITRE VII

QUELS EFFETS PRODUIT L'OPTION FAITE PAR LA FEMME ?

Deux partis s'offrent à la femme, lorsque le mari a acquis en son nom personnel un immeuble dont elle possédait une part indivise. Elle peut user de la faculté de retrait que la loi lui confère ; elle peut au contraire y renoncer. Examinons successivement les conséquences de chacun de ces deux partis.

§ 1. — Effets de la renonciation de la femme.

Nos explications seront brèves sur ce point. Lorsque la femme renonce à exercer le retrait, le caractère de conquêt est définitivement acquis à l'immeuble, et les droits réels que le mari a consentis à des tiers sur cet immeuble, se trouvent consolidés.

Si la part indivise de la femme a été comprise dans l'acquisition faite par le mari, c'est-à-dire dans le cas d'une acquisition par adjudication, la femme, en renonçant au retrait, devient créancière de la

portion du prix afférente à cette part; et cette créance contre la communauté, elle la fera valoir au moment où elle exercera ses reprises.

§ 2. — **Effets du retrait d'indivision.**

« La femme peut retirer l'immeuble, en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition. »

Voilà tout ce que l'article 1408 nous apprend sur les effets du retrait d'indivision. Les articles 841 et 1699 qui organisent le retrait successoral et le retrait litigieux, ne sont pas plus explicites. Pour compléter ces trois textes et en combler les lacunes, il faut donc recourir à cette théorie générale du retrait, qui s'est lentement formée dans notre ancien droit, et que Pothier a magistralement exposée à propos du retrait lignager. En ressuscitant cette vieille forme juridique, si usitée jadis, pour l'utiliser dans trois hypothèses différentes, les rédacteurs du Code civil n'ont entendu modifier ni sa nature, ni ses effets. Ils l'ont rétablie, telle que nos anciens auteurs l'avaient conçue et organisée. C'est ce qui explique leur laconisme.

Le droit de retrait, nous l'avons déjà dit précédemment, c'est le droit de se substituer à l'acheteur dans un contrat de vente. Le retrait n'est donc pas

une simple expropriation ; il n'a pas seulement pour résultat de transporter la propriété d'un bien d'une tête sur une autre tête : il a pour effet de subroger une personne à une autre dans tous les droits résultant d'une convention. Mais, dans quelle mesure cette substitution s'opère-t-elle ? Dans quelle mesure la personne de l'acquéreur primitif fait-elle place à la personne du retrayant ? Une distinction s'impose, suivant nous.

Dans les rapports du retrayant et du retrayé, la substitution est complète ; le retrayé est censé n'avoir jamais été acheteur ; le retrayant est dans la même situation que s'il avait passé lui-même le contrat.

Mais, vis-à-vis du vendeur primitif, qui a contracté avec le retrayé, qui ne connaît que le retrayé, le retrait est *res inter alios acta* : le contrat demeure intact.

Ces deux propositions résument tous les effets du retrait. Nous allons les reprendre l'une après l'autre, afin de les justifier et d'en faire l'application au retrait d'indivision.

I. — *Effets du retrait dans les rapports de la femme avec le mari et la communauté.*

La substitution est complète, avons-nous dit, dans les rapports du retrayant et du retrayé : le re-

trayant prend la place de l'acheteur dans le contrat de vente.

De l'aveu de presque tous les interprètes, c'est là l'effet essentiel du retrait; et nos anciens auteurs avaient trouvé des formules énergiques pour exprimer ce résultat. « Ob retractum fingitur emptor retro non acquisivisse », disait Tiraqueau (1); et Dumoulin disait à son tour : « Perinde est ac si emisset ab ipso venditore, et primus emptor non est amplius in consideratione et perinde habetur ac si non emisset. » (2)

Par conséquent, en exerçant le retrait d'indivision, la femme prend pour elle le marché conclu par le mari ; et le droit de propriété qui avait été provisoirement acquis par la communauté, est rétroactivement anéanti. Le caractère de conquêt que l'immeuble avait pris au moment de l'acquisition et qu'il avait gardé *pendente conditione*, est effacé, même pour le passé.

Dès lors, tous les actes d'aliénation ou de constitution de droits réels que le mari a consentis sur cet immeuble, s'évanouissent. Cette solution est presque universellement admise (3).

1. Tiraqueau. Du retrait lignager. § 29, gl. 2, n° 2.
2. Dumoulin, in cons. Par. § 20, gl. 8.
3. Rodière et Pont, op. cit. n° 641. — Aubry et Rau, op. cit. page 315. — Colmet de Santerre, op. cit. page 89.

Les partisans du système de la gestion d'affaires sont nécessairement conduits à dire que les actes du mari ne sont pas opposables à la femme, puisque la propriété de l'immeuble, suivant eux, est fixée, dès le début, sur la tête de la femme (1). Pour nous, nous arrivons au même résultat, grâce à l'effet rétroactif du retrait (2).

Seul, M. Laurent (3) a soutenu un système différent. D'après lui, le retrait est un rachat, une nouvelle vente. Dès lors, il n'y a point d'effet rétroactif : l'immeuble ne devient propre qu'à partir du retrait, il ne devient propre que pour l'avenir. La femme est donc tenue de respecter tous les droits concédés à des tiers par le mari. Toutefois, ajoute M. Laurent, ce résultat ne se produira pas toujours. Lorsque le mari a acquis seulement les portions indivises des copropriétaires, l'indivision continue entre la communauté et la femme. Celle-ci, en exerçant le retrait, fait cesser cette indivision. Par suite, son droit remonte dans le passé en vertu de l'effet déclaratif du partage.

Ce système nous paraît inadmissible. Il est formellement contredit par les déclarations réitérées de nos anciens auteurs. Considérer le retrait comme

1. En ce sens : arrêt de la cour de Grenoble, du 18 août 1854. Dalloz, 56, 2, 61.

2. Riom, 29 mai 1843. Dalloz, Vo contrat de mariage no 858.

3. Laurent. t. XXI, p. 390.

un second contrat, comme une nouvelle vente, ce serait créer une institution nouvelle, différant essentiellement de celle que l'ancien droit a connue et organisée.

Suivant nous, les tiers n'ont donc qu'un moyen de traiter en toute sécurité : ils doivent exiger l'adhésion de la femme, au moment où ils contractent avec le mari.

Cependant, la femme a-t elle, toujours et dans tous les cas, le droit de se prévaloir du retrait d'indivision contre les tiers auxquels le mari a consenti des droits sur l'immeuble? Lorsqu'elle accepte la communauté, ces tiers, si toutefois ils ont ignoré la condition particulière de ce bien, ne pourront-ils pas lui opposer l'exception de garantie? Ne pourront-ils pas soutenir que, le mari et la communauté étant obligés de les garantir contre toute éviction, la femme, en acceptant la communauté, assume au moins pour partie cette même obligation, et se met dans l'impossibilité de les évincer?

Nous ne voulons pas nous engager dans cette célèbre controverse qui nous éloignerait du retrait d'indivision. Nous ne rappellerons même pas les nombreux systèmes qui ont été proposés pour la résoudre. Contentons-nous de dire que nous croyons devoir adopter l'opinion à laquelle Pothier s'est rattaché dans son Traité de la communauté. Nous

pensons que le mari n'oblige pas la communauté, lorsqu'il fait, relativement aux propres de sa femme, des actes qui excèdent ses pouvoirs (1). Par suite, la femme qui exerce le retrait d'indivision, n'a pas à craindre de se voir opposer l'exception de garantie, à moins qu'elle n'ait personnellement approuvé ou ratifié l'acte passé par le mari.

Puisque la femme dépouille à son profit la communauté de tous les bénéfices résultant du contrat, elle doit en revanche lui rembourser tout ce qu'elle a dépensé pour cette acquisition. Le remboursement du prix payé par l'acheteur est la condition essentielle de tout retrait. « Le principe général sur les obligations du retrayant, dit Pothier, est qu'il doit rendre l'acquéreur indemne aussi parfaitement qu'il lui est possible de le rendre indemne (2). »

C'est *le prix réel* que la femme doit rembourser à la communauté. Si le mari et les copropriétaires ont porté dans l'acte de cession un prix exagéré, pour éviter l'exercice du retrait d'indivision, elle est admise à faire la preuve de cette fraude par tous les moyens (3).

1. Pothier. Traité de la communauté, nº 253.—Voir cependant : Pothier. Traité de la Vente, nº 180. — Aubry et Rau, t. V. page 347.

2. Pothier. Traité des Retraits, page 343.

3. Sur toutes ces questions : Voir Pothier. Traité des retraits. — Demolombe, t. XVI. (A propos du retrait successoral.)

Mais, hâtons-nous de faire remarquer qu'elle ne sera pas toujours tenue de rembourser la totalité du prix. Lorsque le mari a acquis l'immeuble par adjudication, la part indivise de la femme s'est trouvée comprise dans cette acquisition. Par suite, elle est devenue créancière de la portion du prix afférente à cette part; et, si cette somme ne lui a pas encore été payée par la communauté, au moment où elle exerce le retrait, elle ne doit à cette même communauté le remboursement du prix d'adjudication, que déduction faite de cette somme, pour laquelle il s'établit une compensation (1).

L'aliénation de l'immeuble, consentie par le mari, ne modifie en rien le droit de la femme, nous l'avons vu plus haut. Dès lors, quand elle exerce le retrait contre le cessionnaire de son mari, c'est toujours le prix de l'acquisition primitive qu'elle doit rembourser. Que le mari ait revendu l'immeuble plus cher ou moins cher qu'il ne l'avait lui-même payé, peu importe ! c'est le premier contrat de vente que la femme prend à son compte, ce n'est pas le second. C'est sur la communauté qu'elle exerce le retrait; c'est la communauté qu'elle doit rendre indemne, elle n'a pas à se préoccuper du cessionnaire (2).

1. Cass., 14 novembre 1854. Dall. 1855, 1, 232.

2. Mais, que deviendra la différence entre les deux prix ? Si le

Le cessionnaire qu'elle dépossède doit donc recevoir ce que la communauté aurait reçu, ni plus ni moins. Voici une nouvelle conséquence de cette idée. Dans certains cas, nous l'avons vu plus haut, la femme a le droit de retenir par compensation la portion du prix qui correspond à sa part indivise. Elle jouit de ce droit, lorsque sa part, acquise avec tout le reste par le mari, ne lui a pas été payée avant le retrait. Si, dans cette hypothèse, elle exerce le retrait contre un cessionnaire, elle peut se prévaloir contre lui de cette compensation, comme elle aurait pu s'en prévaloir contre la communauté elle-même. Nous voudrions faire sentir par un exemple le résultat pratique de cette règle. L'immeuble entier a été adjugé au mari pour la somme de 100,000 francs. La femme possédait, je le suppose, la moitié indivise de cet immeuble : elle est donc devenue créancière de la moitié du prix, c'est-à-dire de 50,000 francs. Mais, cette somme ne lui a pas été payée avant la dissolution de la communauté. Si elle exerçait le retrait sur la communauté, elle ne devrait lui rembourser que 50,000 francs. Si elle

premier prix, celui qui doit être remboursé dans tous les cas, est supérieur au second, c'est le cessionnaire du mari qui en profitera. S'il est moins élevé, c'est lui qui en souffrira, à moins que le mari ne soit tenu de le garantir. — Voir M. Demolombe, t. XVI, page 112, et M. Labbé, Revue critique, t. VI, p. 153.

l'exerce sur un tiers auquel le mari a vendu l'immeuble, elle ne sera pas tenue de lui rembourser plus de 50,000 francs, quand même ce tiers aurait payé l'immeuble 100,000 francs. Pour le surplus, il aura un recours en garantie contre le mari ou ses héritiers, s'il a ignoré la condition particulière du bien qu'il achetait. Mais, la femme a le droit de le dépouiller de l'immeuble, dès l'instant qu'elle a versé entre ses mains ce qu'elle aurait dû payer à la communauté pour la rendre indemne.

Outre le prix de l'acquisition, l'indemnité que la femme doit à la communauté comprend encore les frais et loyaux coûts du contrat. Elle comprend aussi les impenses faites sur l'immeuble. D'après Pothier, le retrayant ne doit, en général, rembourser au retrayé que les impenses *nécessaires* (1). Mais, les règles spéciales du régime de communauté nous forcent à admettre une solution différente. Pour l'immeuble sur lequel elle exerce le retrait, comme pour ses autres propres, la femme doit tenir compte à la communauté des dépenses nécessaires et même des dépenses *simplement utiles*.

Il nous reste à examiner une question sur laquelle on ne s'appesantit guère d'ordinaire, et qui présente cependant un grand intérêt tant au point de vue

1. Pothier. Traité des retraits, nº 331.

doctrinal qu'au point de vue pratique. Nous venons de voir que la femme qui exerce le retrait d'indivision, doit payer à la communauté une certaine indemnité, dont nous avons déterminé la nature et l'étendue. Le retrait ne peut avoir lieu qu'à cette condition. C'est une condition essentielle. Est-ce une *condition préalable?* Le remboursement doit-il précéder la dépossession? D'une façon générale, le retrayé jouit-il d'un *droit de rétention* sur le bien soumis au retrait, pour le recouvrement de l'indemnité qui lui est due par le retrayant?

Nous répondons affirmativement, sans hésiter. Suivant nous, en effet, le droit de rétention existe toutes les fois qu'il y a *debitum cum re junctum*, toutes les fois que le détenteur d'un bien revendiqué se trouve être créancier du revendiquant à propos de ce bien (1). Mais, quel que soit le système que l'on adopte sur l'étendue d'application du droit de rétention, il est impossible de refuser ce droit au retrayé. Point de droit de rétention sans texte, nous dira-t-on! Mais, nous avons trois textes pour un. Les trois articles du Code qui ont consacré le droit de retrait, ont consacré par là-même ce droit de rétention, puisqu'il est de l'essence du retrait, comme il est de l'essence de l'expropriation pour cause d'u-

1. Colmet de Santerre,

tilité publique, puisqu'on ne comprendrait pas le retrait sans ce droit de rétention.

Cela ne faisait pas de doute pour Pothier. Il nous explique que le retrayant doit offrir le paiement ; si l'acheteur refuse de le recevoir, il aura recours à la procédure des offres réelles et de la consignation ; et ce n'est qu'après cette consignation, qu'il pourra entrer en possession (1). Et il ajoute quelques lignes plus bas : « L'acquéreur est obligé de délaisser au retrayant l'héritage... il doit faire ce délais, aussitôt après que le retrayant lui a remboursé le prix. » (2)

Enfin, si l'on refusait d'admettre ce droit de rétention, on ferait au retrayé en général, on ferait en particulier au mari et à la communauté une situation intolérable. Je suppose qu'à la dissolution de la communauté, la femme soit insolvable ; ses créanciers vont exercer en son nom le retrait d'indivision. Auront-ils le droit de saisir l'immeuble et de le faire vendre, sans rembourser à la communauté le prix d'acquisition ? Est-ce qu'ils auront le droit de dire au mari : Nous commençons par exercer le retrait ; pour le paiement de votre indemnité, vous viendrez concourir avec nous au marc le franc sur cet immeuble et sur les autres biens de notre

1. Pothier. Traité des retraits, nº 391.
2. Pothier. Traité des retraits, nºs 397, 398.

débitrice ? La loi n'a pas pu consacrer un pareil résultat. Elle permet bien à la femme, par une faveur spéciale, de s'approprier un immeuble qui devrait être un conquêt. Mais, c'est à la condition que la communauté n'aura pas à en souffrir, et ne sera pas obligée de se laisser dépouiller sans compensation d'une valeur qu'elle a légitimement acquise.

Nous pensons donc que le mari, représentant la communauté, ou le cessionnaire du mari jouissent d'un droit de rétention sur l'immeuble soumis au retrait. Le retrait s'accomplit, sans doute, par la seule déclaration de la femme ; dès qu'elle a fait connaître ses intentions, la substitution s'opère et la propriété est transportée sur sa tête; mais, la dépossession ne peut avoir lieu qu'après le paiement de l'indemnité.

Cette doctrine s'applique sans difficulté, lorsque la femme exerce le retrait à la dissolution de la communauté. Mais, si elle prétend l'exercer au cours de la communauté, comme nous lui en avons reconnu le droit, notre embarras devient plus grand. En principe, il n'y a point de règlement de comptes entre les époux tant que la communauté n'est pas dissoute. Et cependant, si nous admettons dans cette hypothèse le droit de rétention, si nous exigeons de la femme un remboursement préalable, nous l'obligeons à payer une récompense à la com-

munauté avant la dissolution de cette communauté. Comment trancher cette difficulté ? Malgré la bizarrerie du résultat auquel nous sommes forcés d'aboutir, c'est le principe du droit de rétention qui nous paraît devoir l'emporter. Il est impossible de priver le retrayé de cette garantie, puisqu'elle est inséparable du retrait. A vrai dire, cette question ne se posera pas d'ordinaire; car le mari conservera l'immeuble entre ses mains en sa qualité d'administrateur des propres de la femme, et le règlement de la récompense aura lieu à la dissolution de la communauté. Mais, si les créanciers de la femme voulaient saisir immédiatement cet immeuble, le mari pourrait se prévaloir contre eux de son droit de rétention.

II. — *Le retrait ne produit aucun effet vis-à-vis des copropriétaires de la femme qui ont cédé leurs parts au mari.*

Le retrayant, nous venons de le voir, s'approprie tous les bénéfices d'un contrat de vente auquel il n'avait point pris part; il en supporte également toutes les charges; en un mot, il déloge l'acheteur de la position qu'il avait prise dans ce contrat et se met à sa place. Mais, celui qui avait traité avec cet acheteur, celui qui avait joué le rôle de vendeur

dans ce contrat de vente, va-t-il ressentir les effets de cette substitution ? J'avais vendu mon immeuble à Paul ; Pierre exerce le retrait ; est-ce que, par suite de ce retrait, je suis censé n'avoir jamais eu Paul pour acheteur ? est-ce que je suis censé avoir vendu à Pierre ? D'une façon générale, le retrayant prend-il la place du retrayé vis-à-vis du cédant primitif ? En particulier la femme, en vertu du retrait d'indivision, est-elle censée avoir traité elle-même avec ses copropriétaires ?

Une grave controverse s'est élevée sur ce point. Cette importante question divisait nos vieux auteurs ; elle divise encore aujourd'hui la doctrine. Dans un premier système, qui est enseigné par MM. Labbé et Colmet de Santerre (1), on soutient que la substitution qui résulte du retrait est complète et qu'elle doit produire ses effets vis-à-vis de tous, même vis-à-vis du vendeur. Nous ne saurions mieux faire, pour résumer cette doctrine, que de reproduire la formule ingénieuse proposée par M. Labbé : « Supposez, dit-il, que le retrayant soit, et dès le principe, celui avec lequel le vendeur a contracté ; écartez l'acheteur primitif comme s'il avait toujours été étranger à l'opération : toutes les conséquences qui

1. Labbé. Revue critique, t. VI, p. 142. — Colmet de Santerre, op. cit. page 90. — Zachariœ. t. II, p. 571. — Arrêt de la Cour de Cass. rendu sur les conclusions de Merlin, le 1er décembre 1806.

en résulteront seront vraies. » On s'attache exclusivement dans ce système à l idée de l'effet rétroactif du retrait, et l'on pousse cette idée jusque dans ses dernières conséquences : c'est le *système de la rétroactivité absolue*.

Dans un second système, qui est admis par la plupart des auteurs, notamment par MM. Rodière et Pont, Demolombe, Aubry et Rau (1), on prétend que l'exercice du retrait ne modifie en aucune façon la situation du vendeur. Le retrait a sans doute pour résultat de substituer un tiers à l'acheteur ; mais cette substitution ne produit ses effets que dans les rapports du retrayant et du retrayé. Tout se passe entre ces deux personnes. Vis-à-vis du vendeur, le retrait est *res inter alios acta*. Ainsi que nous l'avons déjà fait pressentir, c'est ce système, c'est le système de *la demi-rétroactivité* qui nous semble le plus conforme aux véritables principes, et que nous croyons devoir adopter.

Mais, avant d'entrer dans le vif du débat, et afin de mieux faire comprendre toute l'importance de cette controverse, commençons par indiquer les conséquences pratiques auxquelles on aboutit dans

1. Rodière et Pont, op. cit. nº 640. — Demolombe, t. XVI, page 145. — Aubry et Rau, op. cit. page 315. — Brives-Cazes. Rev. de Législ. t. XL. p. 69. — Thèse de M. Terrat, 1872, t. VII. — Cour de Bordeaux, 24 juillet 1850. Dalloz 1855, 2,214. — Cour de Cass. 14 nov. 1854. Dalloz, 1855, 1, 232.

chacune de ces deux doctrines.

Nous avons toujours supposé jusqu'ici que le prix de vente avait été intégralement payé par l'acheteur au vendeur, avant l'exercice du retrait; et nous avons vu qu'il doit être remboursé à l'acheteur par le retrayant. Mais il est possible que ce prix soit encore dû, en totalité ou en partie; il est possible que ce prix consiste, soit en une rente perpétuelle, soit en une rente viagère. En un mot, il peut arriver que l'acheteur ne soit pas libéré de ses obligations vis-à-vis du vendeur, au moment où le retrait est exercé. C'est dans cette hypothèse qu'il est nécessaire de prendre parti sur la question qui nous occupe en ce moment.

Dans le système de la rétroactivité absolue, le retrait a pour résultat de transporter l'obligation de payer le prix, de la tête de l'acheteur sur la tête du retrayant. L'acheteur est dégagé, comme s'il était toujours resté étranger au contrat, *perinde ac si non emisset*. Le vendeur primitif a désormais pour débiteur, et pour débiteur unique, le retrayant. En particulier, les copropriétaires de la femme, une fois le retrait d'indivision exercé, doivent s'adresser à la femme elle-même pour se faire payer le prix qui leur reste dû. Mais les partisans de cette doctrine ajoutent qu'en vertu des principes du régime de communauté, en vertu de l'article 1409, la communauté

et le mari restent tenus subsidiairement; car la situation doit être la même que si la femme avait fait l'acquisition en son propre nom avec l'autorisation de son mari (1).

Dans notre système, au contraire, nous devons dire que le vendeur primitif ne change pas de débiteur. Les copropriétaires conservent donc leur action personnelle en paiement du prix contre leur acheteur, c'est-à-dire contre le mari et la communauté, comme s'il n'y avait pas eu de retrait. Et ils n'ont d'action personnelle que contre leur acheteur (2). Ils ne peuvent agir contre le retrayant, contre la femme, qu'en vertu de leur privilège de vendeurs ou de leur action résolutoire, s'ils ont conservé ces différents droits, ce qui ne peut jamais leur procurer une somme supérieure à la valeur de l'immeuble au moment des poursuites.

Tel est l'intérêt pratique que notre controverse peut présenter, à propos de toute espèce de retrait.

1. Labbé. Colmet de Santerre.

2. L'acheteur aura, bien entendu, un recours contre le retrayant Mais dans cette hypothèse, lorsque le prix est encore dû, comment le retrayant pourra-t-il, au moment du retrait, satisfaire à la condition qui lui est imposée de rendre indemne le retrayé? Suivant nous, il n'est pas forcé de lui rembourser le prix par avance : il suffit qu'il lui offre une garantie sérieuse, caution ou hypothèque. — En ce sens : Dumoulin, in Cons. Par. § 20. gl. 8, no 5. — Demolombe, t. XVI, page 150. — Contrà ; Pothier. Traité des retraits no 301.

Mais, lorsqu'il s'agit spécialement du retrait d'indivision, elle en présente un second qui n'a pas moins d'importance, qui n'est pas moins digne de retenir notre attention. Il y a ceci de particulier, dans le retrait d'indivision, que le cédant primitif qui a contracté avec le retrayé, se trouve être le copropriétaire du retrayant (1) ; de telle sorte que, si le retrayant avait traité lui-même avec ce cédant primitif, l'acte, au lieu d'avoir le caractère d'une vente, aurait eu le caractère d'un partage.

Mais, à raison de l'effet rétroactif du retrait, c'est comme si la femme avait traité directement avec ses copropriétaires, disent les partisans de la rétroactivité absolue ; *et lorsque le retrait est exercé, l'acte change de nature.* (2) Il est facile d'apercevoir toutes les conséquences que l'on peut déduire de cette formule.

Supposons, pour écarter toutes les difficultés étrangères à notre question, qu'il s'agisse d'un acte qui soit de nature à faire cesser l'indivision d'une façon absolue et au regard de tous, supposons qu'il s'agisse d'une adjudication. Lorsque le mari s'est porté adjudicataire, puisqu'il n'est qu'un étranger, l'adjudication produit les effets d'une vente. Mais au moment où la femme exerce le retrait d'indivision,

1. On pourrait en dire autant du Retrait successoral.
2. Colmet de Santerre.

la scène change, disent les auteurs dont nous exposons actuellement la doctrine : la femme est censée tenir ses droits de première main de ses copropriétaires (1), et l'adjudication produit tous les effets d'un partage, comme si elle s'était portée elle-même adjudicataire.

Ce n'est donc pas le privilège du vendeur que les copropriétaires pourront exercer contre la femme pour se faire payer le prix afférent à leur part indivise, c'est le privilège du copartageant. En cas de défaut de paiement du prix, ils auraient pu, avant le retrait, faire procéder à la *revente à folle enchère*. Mais une fois le retrait exercé, ils ne le peuvent plus, car la revente à folle enchère n'est qu'une forme spéciale de l'action en résolution, et l'action en résolution n'est pas possible entre copartageants. Et de même au point de vue de la garantie, au point de vue de la rescision pour lésion, au point de vue de la transcription et de la perception du droit de transcription, ce sont les règles du partage qui doivent s'appliquer, à partir du retrait ; ce ne sont plus les règles de la vente. L'adjudication change de nature, tel est le principe posé par les défenseurs de la rétroactivité absolue : il est aisé d'en déduire toutes les applications.

Mais, voici le résultat le plus grave de cette mé-

1. Labbé.

tamorphose. Puisque, en vertu de l'effet rétroactif du retrait, la femme est censée s'être portée elle-même adjudicataire, l'adjudication, aux termes de l'article 883, produit un effet simplement déclaratif. Par suite, le droit de propriété de la femme remonte, non seulement au jour de l'adjudication, mais au jour où l'indivision a pris naissance entre elle et ses copropriétaires ; ceux-ci sont réputés n'avoir jamais eu aucun droit sur l'immeuble ; et le retrait fait tomber rétroactivement non seulement tous les droits réels consentis par le mari depuis l'adjudication, mais encore tous ceux que les copropriétaires de la femme avaient pu consentir depuis le commencement de l'indivision (1).

Tout en admettant ce résultat auquel on aboutit forcément avec son système, M. Colmet de Santerre est le premier à reconnaître qu'il est désastreux. Les droits réels consentis par les copropriétaires pendant l'indivision seront maintenus si l'immeuble reste dans la communauté ; si, au contraire, la femme exerce le retrait, ils seront anéantis en vertu de l'article 883. Le sort des ayants-cause des copropriétaires restera donc incertain, tant que la femme n'aura pas pris parti. A ce mal, M. Colmet de Santerre propose un remède : les copropriétaires

1. Colmet de Santerre.

ou leurs ayants-cause ne sont pas obligés, suivant lui, d'accepter cette situation. Lorsque le mari s'est porté adjudicataire, ils peuvent faire annuler l'adjudication. « Qu'un vendeur à l'amiable, dit-il, accepte un acquéreur sous condition, c'est son droit, il sait ce qu'il fait; mais qu'un vendeur sur licitation aux enchères, qui appelle le public, soit obligé d'accepter pour acheteur une personne qui est ou n'est pas le véritable acheteur, au hasard d'une éventualité subordonnée pendant très longtemps à la volonté d'une troisième personne, voilà ce qui ne peut être admis.» (1) C'est une solution ingénieuse, mais peut-être bien hardie.

Voilà quelles sont les conséquences du changement de nature de l'acte passé par le mari. Il est facile de s'apercevoir que les auteurs qui soutiennent cette doctrine, tout en prenant comme point de départ l'idée de retrait, aboutissent sur presque tous les points aux mêmes résultats que s'ils expliquaient le droit d'option de l'article 1408 par l'idée de gestion d'affaires.

Notre système conduit à des résultats tout différents. Puisque le retrait, suivant nous, ne peut produire aucun effet vis-à-vis du vendeur, l'acte ne change pas de nature. Même après le retrait, les

1. Colmet de Santerre, op. cit. p. 92.

copropriétaires de la femme ne sont pas censés avoir traité directement avec leur copropriétaire, ils ne connaissent que le mari. Au moment où l'adjudication s'est produite, elle avait le caractère d'une vente ; elle conserve ce caractère, quoi qu'il arrive.

Par suite, c'est le privilège du vendeur que les copropriétaires peuvent exercer contre la femme ; et en outre de leur privilège, si le prix n'est pas payé, ils jouissent du droit d'exiger *la revente à folle enchère* (1). Et de même, qu'il s'agisse de la garantie, de la rescision pour lésion ou de la transcription, il faut appliquer, même après le retrait, toutes les règles de la vente.

Enfin, l'article 883 ne saurait en aucune façon s'appliquer, et le droit de la femme remonte seulement au jour de l'adjudication. L'adjudication au profit du mari, qui est un étranger, a eu un effet translatif. Par suite, tous les droits réels que les copropriétaires avaient consentis à des tiers depuis le commencement de l'indivision, se sont trouvés consolidés. Et le retrait ne peut rien changer à ce résultat, puisqu'il ne produit aucun effet vis-à-vis du cédant primitif.

En résumé, si l'on admet le premier système, si

1. Nancy, 9 juin 1854. Sir. 54, 2, 785.

l'on admet que le retrait produit *erga omnes* un effet rétroactif absolu, on en déduit les deux conséquences suivantes : 1° les copropriétaires changent de débiteur, si le prix n'est pas payé au moment du retrait ; 2° l'acte change de nature. Si l'on refuse, au contraire, d'étendre l'effet rétroactif au vendeur, si on le limite aux relations du retrayant et du retrayé, on doit décider : 1° que les copropriétaires ne changent pas de débiteur ; 2° que la nature de l'acte n'est pas modifiée.

Nous pouvons maintenant aborder la discussion de cette grave question, dont nous venons de montrer tout l'intérêt pratique.

Pour établir leur système, MM. Labbé et Colmet de Santerre invoquent plusieurs arguments.

Ils prétendent, tout d'abord, qu'il est contradictoire d'accepter pour partie l'effet rétroactif et de le repousser pour partie. Puisque l'acheteur est dépouillé de tous les droits nés du contrat, pourquoi, disent-ils, demeurerait-il chargé de toutes les obligations que ce contrat lui avait imposées ? Puisque, vis-à-vis du retrayant, il est censé n'avoir jamais été acheteur, comment pourrait-il rester acheteur vis-à-vis du cédant ? Puisque le retrait n'est pas autre chose que la substitution d'un tiers à l'une des parties dans un contrat de vente, comment cette subs-

titution resterait-elle sans effet vis-à-vis de l'autre partie ?

On ajoute que nos anciens auteurs admettaient la rétroactivité complète et absolue du retrait. Tiraqueau dit en effet que le retrayant prend pour lui tous les droits et toutes les obligations de l'acheteur ; qu'il entre *in jus omne et incommodum emptoris* (1) ; que le contrat tout entier est transporté sur sa tête, *in eum transfunditur et transfertur contractus* (2). Et il ajoute que, s'il en était autrement, le retrait serait, de toutes les institutions, la plus inique : *Alias autem hoc statutum esset omnium nequissimum* (3).

Grimaudet enseignait, lui aussi (4), que l'acheteur devait être déchargé de ses obligations envers le vendeur. Enfin, on cite un arrêt du parlement de Bretagne (5), qui obligeait le vendeur à accepter le retrayant comme débiteur : « En vente faite à la charge d'une rente viagère, disait cet arrêt, le retrait a lieu, quoique le vendeur refuse d'accepter l'obligation du retrayant dans la place de l'acquéreur ; sur le refus du vendeur, le retrayant est obligé

1. Tiraqueau. Traité du Retrait, § 29. gl. II, nº 5.
2. Eodem.
3. Tiraqueau, § 1. gl. 18, nº 40.
4. Grimaudet. chap. VII, nº 10.
5. Journal des audiences du Parlement de Bretagne, 29 mai 1732.

de donner caution pour sûreté de la rente viagère, et ce cautionnement suffit pour décharger l'acquéreur de l'obligation portée par le contrat de vente. »

Malgré la valeur de ces deux arguments, cette doctrine, nous l'avons déjà dit, ne nous paraît pas fondée.

Nous aussi, nous pouvons invoquer l'ancien droit: car la doctrine de Tiraqueau était loin d'être universellement admise. Dumoulin examine la question, au titre des fiefs de la coutume de Paris (1), à propos du retrait féodal, et il déclare formellement que le vendeur ne peut pas être forcé de changer de débiteur : « Sed quid si actor (le retrayant) faciat evocari venditorem, cui se expromissorem offerat loco emptoris animo novandi, *an teneatur venditor mutare et novare debitorem? Breviter respondeo quod non,* ex quo semel obligatio est constituta et perfecta. »

Pothier, après avoir examiné les raisons que l'on peut faire valoir au profit de la doctrine opposée, adopte l'opinion de Dumoulin. « Le vendeur n'est pas obligé, dit-il, quelque caution qu'on lui offre, d'accepter le retrayant pour débiteur à la place de l'acheteur. La raison est que le retrait est une affaire qui ne se passe qu'entre le retrayant et l'a-

1. § 20, gl. VIII, n° 8.

cheteur sur qui le retrait s'exerce, et qui ne concerne pas le vendeur. Le vendeur n'étant pas garant du retrait, l'acheteur étant censé s'être chargé d'en courir le risque, le retrait ne peut donner à l'acheteur sur qui il est exercé aucune action contre le vendeur pour l'obliger à le décharger de son obligation ; le vendeur se trouve donc dans la règle générale qui ne permet pas qu'un créancier puisse être obligé malgré lui à changer de débiteur, quelque caution qu'on lui offre. Plusieurs coutumes ont des dispositions conformes à cette décision de Dumoulin ; Melun, art. 153 ; Auxerre, art. 175 ; Sens, art. 53, etc.... » (1)

Pothier tient le même langage dans l'*Introduction au titre du Retrait lignayer de la coutume d'Orléans* (2) : « Quelques auteurs, dit-il, donnent encore cet effet au retrait, que l'acheteur sur qui l'héritage est retiré, est déchargé de ses obligations envers le vendeur ; mais nous avons vu que, suivant les principes de notre coutume, il n'était pas déchargé envers le vendeur, mais devait seulement en être indemnisé par le retrayant. » Enfin, cette doctrine était celle de Legrand (3), de Ferrières (4), de Basnage (5) ; et elle

1. Pothier. Traité des Retraits, n° 300.
2. Pothier, tome I, p. 569.
3. Legrand, art. 144. Cout. de Troyes, gl. III, n° 5.
4. Ferrières. Dictionn. V° Retrait lignager, p. 555.
5. Basnage, art. 142 de la Cout. de Normandie.

était généralement consacrée par les coutumes.

Il n'est certes pas téméraire de croire que, s'il était venu à la pensée des rédacteurs du Code civil de prendre parti sur cette question, ils auraient adopté l'opinion enseignée par Dumoulin et par Pothier, dont l'autorité vaut bien, j'imagine, celle de Tiraqueau et de son fidèle disciple Grimaudet.

D'ailleurs, les inconvénients pratiques du système que nous combattons, suffiraient pour le faire repousser. Il nous semble tout à fait inique d'imposer au vendeur l'obligation de changer de débiteur. A la place de celui avec lequel il avait traité et en qui il avait confiance, on le forcerait à accepter un débiteur nouveau, qu'il ne connaît pas, et qui est peut-être insolvable ! Ce serait faire produire au retrait un effet bien rigoureux. Et sur qui tomberait cette rigueur ? Sur le vendeur, qui n'a fait qu'user de son droit et qui n'a rien à se reprocher.

On a proposé, je le sais bien, un tempérament : le retrayant, a-t-on dit, ne pourra exercer le retrait qu'à la condition de fournir au vendeur une caution pour assurer le paiement du prix qui reste dû. C'est une solution ingénieuse, assurément ; mais, cette concession ruine le système de nos adversaires. Le retrayant succède purement et simplement, suivant eux, aux obligations de l'acheteur ; et cependant, ils lui imposent vis-à-vis du vendeur une obligation

nouvelle qui ne pesait pas sur l'acheteur, l'obligation de fournir caution. Tout doit se passer, disent-ils, comme si le ratrayant avait traité directement avec le vendeur. Mais alors pourquoi donner à ce dernier une garantie qu'il n'avait pas stipulée dans le contrat ?

Le système de la rétroactivité absolue, appliqué au retrait d'indivision, produit, nous l'avons vu plus haut, une seconde conséquence qui est également inacceptable. Nous avons montré à quels résultats on est fatalement conduit, si l'on admet que le retrait d'indivision a pour effet de transformer en un acte équivalant à partage, la vente conclue entre les copropriétaires de la femme et le mari. Ou bien, il faut tenir en suspens, jusqu'à l'option de la femme, les droits des ayants-cause des copropriétaires ; ou bien il faut admettre, avec M. Colmet de Santerre, une cause de nullité de l'adjudication, que la loi n'a pas prévue.

Enfin, si nous faisons, pour un moment abstraction, et des précédents et des considérations d'équité, si nous nous laissons guider exclusivement par les principes du droit, nous serons encore conduits à décider que le vendeur doit rester en dehors du retrait.

En effet, le retrait, tel que le conçoivent nos adversaires, avec son effet rétroactif absolu, ce serait,

au point de vue du vendeur, qui est encore créancier de son prix, une novation par changement de débiteur. Or, la novation par changement de débiteur ne peut pas s'accomplir sans le consentement du créancier. C'est un principe certain. Y a t-il un motif suffisant pour y déroger en matière de retrait? Nous ne le croyons pas. Nous consentirions, sans doute, à sacrifier ce principe, si ce sacrifice était indispensable pour assurer l'efficacité du retrait. Mais le retrait n'a pas besoin de réfléchir contre le vendeur, pour produire tous les résultats que le législateur en attend. Il suffit qu'il ait un effet rétroactif complet dans les rapports du retrayant et du retrayé. Dès lors, tout doit se passer exclusivement entre ces deux personnes ; et il ne faut pas étendre, inutilement et comme à plaisir, la portée et les effets d'un droit aussi anormal, aussi exorbitant que le droit de retrait.

Les principes, la tradition, les raisons pratiques, tout nous conduit à repousser le système de la rétroactivité absolue.

Nous pouvons maintenant résumer en quelques lignes notre doctrine sur les effets du retrait en général, sur les effets du retrait d'indivision en particulier. Le retrait produit une substitution complète et rétroactive dans les relations de la femme et de la communauté. A la condition de ren-

dre indemne la communauté, la femme prend pour elle tous les bénéfices du contrat; et son droit de propriété remonte au jour de l'acquisition faite par le mari. Mais, la situation des copropriétaires qui ont traité avec le mari, n'est en aucune façon modifiée par l'exercice du retrait.

CHAPITRE VIII.

LE RETRAIT D'INDIVISION AU POINT DE VUE DES DROITS D'ENREGISTREMENT.

Nous devons nous demander quels sont les droits du fisc, d'abord à propos de l'acquisition faite par le mari, en second lieu, à propos de l'exercice du retrait.

Au moment où le mari acquiert la totalité ou une portion d'un immeuble dont la femme était propriétaire par indivis, il s'opère une transmission de propriété immobilière, qui doit évidemment donner lieu à la perception d'un droit proportionnel. Mais quel est le montant de ce droit ? Ici nous retrouvons la grande controverse que nous avons examinée et résolue dans un de nos premiers chapitres. Faut-il expliquer le droit d'option de l'article 1408 par l'idée de gestion d'affaires ou par l'idée de retrait ? Au moment de l'acquisition faite par le mari, l'immeuble devient-il immédiatement un propre de la femme, ou bien devient-il un conquêt ? Cette

question présente, au point de vue de l'application des droits d'enregistrement, un intérêt capital. (1)

En effet, si l'immeuble acquis devient immédiatement un propre de la femme, la mutation s'opère entre cohéritiers. Par suite, elle ne donne lieu qu'à la perception du droit de 4 p. 100, à condition toutefois qu'elle fasse cesser l'indivision ; et ce droit de 4 p. 100 ne peut être perçu que sur les parts qui n'appartenaient pas à la femme.

Au contraire, si l'immeuble tombe provisoirement dans la communauté, c'est le droit de vente ordinaire de 5 fr. 50 p. 100, c'est-à-dire le droit de mutation augmenté du droit de transcription, qui sera exigé ; et il sera perçu sur tout ce qui a fait l'objet de la mutation, même sur la part indivise de la femme, si elle a été comprise dans l'acquisition faite par le mari.

L'administration de l'Enregistrement a longtemps hésité sur cette question, ainsi que cela résulte d'une consultation rédigée par ses avocats le 20 juillet 1854, et d'une délibération des 20-23 mai 1864. Mais, elle s'est finalement arrêtée au second système, et elle l'a consacré par ses solutions du 28 juin 1867, du 7 décembre 1871, des 21 et 30 septembre 1872 (2).

1. Dictionnaire des Droits d'Enregistrement. V° Communauté, Nos 304 et suivants.

2. Dictionnaire des Droits d'Enregistrement, eodem, n° 309.

Les tribunaux se sont plusieurs fois prononcés dans ce sens. Nous pouvons citer notamment un jugement du tribunal de Saint-Etienne du 27 décembre 1865, et un arrêt de la Cour de cassation du 9 janvier 1854 (1). C'est ce second système qui nous paraît le meilleur, puisqu'il est en harmonie avec les principes que nous avons admis au point de vue du droit civil. L'acquisition faite par le mari doit donc donner lieu, suivant nous, à la perception d'un droit proportionnel de 5 fr. 50 p. 100.

Mais, il n'est pas dû un second droit, lorsque la femme exerce le retrait d'indivision. En effet « le retrait n'opère pas une mutation nouvelle entre le retrayant et le retrayé, c'est une simple substitution de personne dans un même contrat. » (2) Il n'y a pas deux ventes successives, disait Pothier, il n'y a qu'une seule vente. Aussi dans notre ancien droit, l'exercice du retrait ne donnait-il ouverture ni aux profits seigneuriaux, ni au droit de centième denier (3). Il en est de même aujourd'hui, et le fisc ne peut réclamer à la femme, à l'occasion du retrait d'indivision, ni droit de mutation immobilière, ni droit de transcription (4).

1. Sirey, 1854, 1, 124.
2. Dictionnaire des Droits d'Enregist. V° Retrait, n° 60.
3. Dictionnaire des Domaines. V° Retrait, p. 130.
4. Dictionnaire des Droits d'Enregist. V° Communauté, n° 328.

CHAPITRE IX

LE RETRAIT D'INDIVISION PEUT-IL ÊTRE ÉTENDU AUX AUTRES RÉGIMES MATRIMONIAUX ?

En organisant le droit d'option de l'article 1408, dont nous venons d'étudier la nature juridique, les conditions et les effets, le législateur a entendu protéger la femme contre les calculs égoïstes et les abus de pouvoir du mari. Il n'a établi cette institution protectrice en termes exprès qu'au profit de la femme mariée sous le régime de communauté. Est-il néanmoins permis de l'étendre à toutes les femmes mariées, sans exception ? Doit-on appliquer l'article 1408-2°, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux ?

Si, en examinant cette question, nous pouvions faire abstraction des textes de notre droit positif, si nous avions à nous demander, non pas ce qui est dans la loi, mais ce qui devrait y être, nous admettrions volontiers cette extension. Il peut arriver, en effet, sous tous les régimes matrimoniaux, que la femme ait, au nombre de ses biens propres, une portion indivise d'un immeuble. Sous tous les ré-

gimes, il est possible qu'elle ait intérêt à s'assurer la propriété pleine et entière de cet immeuble, en réunissant à sa part les parts de ses copropriétaires. Et surtout, ce qui est possible sous tous les régimes, c'est que le mari abuse de son influence et de son autorité pour l'empêcher de faire cette acquisition, afin de se réserver à lui-même les bénéfices d'un marché avantageux. Dès lors, pourquoi ne pas accorder à toute femme mariée le droit d'exercer le retrait? Puisque le danger est le même, la garantie devrait être aussi la même.

Voilà ce que nous dirions, s'il s'agissait de réformer le Code civil. Mais, dans l'état actuel de notre législation, l'extension du droit d'option de l'article 1408 aux régimes matrimoniaux autres que la communauté est-elle légitime ? Nous ne le croyons pas (1).

Hâtons-nous de reconnaitre que l'opinion contraire a depuis longtemps prévalu. Il est presque universellement admis aujourd'hui que le retrait d'indivision n'est pas exclusivement réservé à la femme mariée sous le régime de communauté (2). Et

1. Nous pouvons invoquer dans le sens de notre opinion l'autorité de MM. Bellot des Minières, t. IV, p. 143. — Odier, t. III, p. 1309. — Laurent, t. XXI, p. 372. — Terrat. Thèses 1872, t. VII. — Arrêt de la Cour de Toulouse du 25 avril 1817. Dalloz, V° Contrat de mariage n° 832.

2. Tessier, t. I, p. 279.—Toullier, t. XIV, n° 218, 219.—Duranton, t, XV, n. 463. — Rodière et Pont, t. III, nos 1933, 1977. —

il est peut-être téméraire de s'attaquer à une doctrine qui est enseignée par presque tous les auteurs, et que la jurisprudence a maintes et maintes fois consacrée.

Mais, malgré tout le respect que nous inspire le cortège imposant de ses défenseurs, cette doctrine nous semble trop manifestement contraire aux principes de notre droit, pour que nous puissions l'admettre.

Pour la défendre, on invoque tout d'abord les considérations que nous faisions valoir il n'y a qu'un instant. Il y a les mêmes motifs, dit-on, pour se défier du mari, quel que soit le régime matrimonial. Il faut donc accorder à la femme la même protection. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

On ajoute que cette institution n'est pas nécessairement liée au régime de communauté. Son histoire n'en fournit-elle pas la preuve ? C'est dans le droit romain qu'elle a pris naissance, et les pays coutumiers l'ont empruntée aux provinces de droit écrit, où le régime dotal était seul connu.

Ce dernier argument qui n'aurait d'ailleurs de valeur que relativement au régime dotal, est facile

Babinet. Dissertation citée plus haut. — Aubry et Rau, t. V, p. 595.—Cour de Lyon, 20 juillet 1843.—Cour de Grenoble, 18 août 1854. Dall. 56, 2. 6 . — Cour de Cassation, 1er mai 1860. Dall. 1860, 1, 511. — Cour de Riom, 15 novembre 1869. Dalloz, 1869, 2, 231.

à écarter. Nous avons montré au début de cette étude combien le droit d'accroissement de la loi 78 différait de notre retrait d'indivision ; nous avons montré que les pays de droit écrit ont conservé, jusqu'à la fin, le système romain dans toute sa pureté, et qu'ils n'ont jamais connu le droit d'option. C'est après avoir été transplantée dans le régime de communauté, c'est sous l'influence des principes propres à ce régime, que notre institution s'est développée et a reçu sa forme définitive.

Le système que nous combattons n'a donc pas d'autre fondement que la règle *Ubi eadem ratio, ibi idem jus*. C'est, en toute matière, une règle d'interprétation fort dangereuse, qui pouvait convenir au préteur romain, mais qui n'est conforme ni aux habitudes ni aux devoirs du jurisconsulte et du magistrat modernes. En tout cas, il est impossible de s'en servir, lorsqu'on est en présence d'une disposition exceptionnelle ; il est impossible d'étendre, par analogie, à des hypothèses plus ou moins voisines, un texte de loi qui déroge au droit commun.

Or, le droit d'option que l'article 1408 confère à la femme, est une faculté de retrait ; et le droit de retrait est un droit exceptionnel, que les rédacteurs du Code civil n'ont cru devoir accorder qu'à un petit nombre de personnes. Ils ont eux-mêmes arrêté la liste de ces privilégiés : il n'est pas permis d'y

ajouter de nouvelles catégories. Si l'article 1408 n'existait pas, il est incontestable qu'aucune femme mariée ne jouirait du retrait d'indivision. Or, cet article n'organise ce droit qu'au profit de la femme mariée sous le régime de communauté ; il est enclavé dans les textes relatifs à ce régime ; bien plus, il contient une première disposition qui ne peut évidemment s'appliquer qu'à des époux communs en biens. Comment la femme pourrait-elle se prévaloir de cet article, lorsqu'elle a adopté un régime différent ?

Et d'ailleurs, étendre le retrait d'indivision à d'autres régimes, ce serait le dénaturer ! Nous avons montré que ce retrait s'exerce exclusivement sur des conquêts, sur des biens de communauté. C'est une affaire qui doit se passer entre la femme et la communauté, cela résulte des termes mêmes de l'article 1408. La femme peut, à son choix, nous dit le législateur, ou bien abandonner l'immeuble à la *communauté*, ou bien le retirer en remboursant à la *communauté* le prix de l'acquisition. Ainsi, la loi prend soin de nous indiquer, non seulement la personne qui peut exercer le retrait, mais encore la personne sur laquelle il peut être exercé, la personne du *retrayable*, comme disaient nos vieux auteurs. Et ce retrayable, c'est la communauté, ce n'est pas le mari. Mais si nous transportions le retrait d'indi-

vision dans le régime dotal, dans le régime d'exclusion de communauté, ou dans le régime de séparation de biens, il s'exercerait sur des propres du mari ; c'est le mari qui jouerait le rôle de *retrayable*. En réalité, ce serait une institution nouvelle, un nouveau retrait que nous introduirions dans notre droit.

Enfin, nous ferons remarquer que nos adversaires sont loin de s'entendre sur les conséquences et la portée de leur doctrine. Sans doute, ils sont tous d'accord pour déclarer que le retrait d'indivision ne doit pas être restreint au régime de communauté. Mais, les divergences et les dissentiments se produisent, lorsqu'il s'agit d'indiquer les régimes auxquels il convient de l'étendre. M. Dalloz (1), propose une distinction. Suivant lui, la femme doit avoir le droit d'exercer le retrait, toutes les fois que la portion indivise qui lui appartenait dans l'immeuble, était soumise au pouvoir d'administration du mari. Elle aura donc ce droit sous le régime exclusif de communauté ; elle l'aura également sous le régime dotal, si le mari s'est rendu acquéreur d'un immeuble dont une portion indivise était dotale. Mais elle n'en jouira ni sous le régime de séparation de biens, ni sous le régime dotal à propos de ses paraphernaux.

1. V° Contrat de Mariage, n° 833.

MM. Rodière et Pont (1) semblent adopter ce système, et ils ajoutent que le retrait doit être admis même à propos d'un immeuble paraphernal, dans le cas où le mari administre, en vertu d'un mandat exprès ou tacite, les biens paraphernaux de sa femme.

Deux arrêts de la Cour de Limoges (2) ont, au contraire, appliqué le retrait d'indivision à des immeubles paraphernaux, sans faire aucune distinction. Nous trouvons même dans les considérants de l'un de ces deux arrêts cette affirmation au moins singulière : « Attendu que si le principe est vrai sous le régime de la communauté et sous le régime dotal, il l'est bien plus encore quand il s'agit de biens paraphernaux. »

M. Babinet (3) refuse d'étendre l'article 1408 au régime de séparation de biens, « par la raison toute particulière que les conjoints n'y ont aucun intérêt pécuniaire commun. » Enfin MM. Aubry et Rau (4) accordent à la femme le droit d'exercer le retrait d'indivision sous tous les régimes.

Voilà à quelles incertitudes et à quelles fluctuations on s'expose, lorsqu'on abandonne les princi-

1. T. III, nos 1933, 19.7.
2. 12 mars 1828.— 23 décembre 1840. Dalloz, V° Contrat de mariage, nos 832, 833.
3. Dissertation citée.
4. T. V, pages 595 et 638.

pes certains, posés par le législateur lui même, pour se livrer aux hasards d'une interprétation capricieuse.

Le retrait d'indivision n'appartient donc, suivant nous, qu'à la femme mariée sous le régime de communauté. Mais, nous l'appliquerons, bien entendu, à la communauté réduite aux acquêts, aussi bien qu'à la communauté légale. Nous l'étendrons même au régime dotal accompagné d'une société d'acquêts (1), puisque ce régime mixte est soumis pour partie aux règles de la communauté. Grâce à cette combinaison, la femme, tout en adoptant le régime dotal, s'assure le bénéfice de l'article 1408: elle a le droit de retirer de la société d'acquêts l'immeuble dont elle était copropriétaire, lorsque le mari a fait l'acquisition de cet immeuble en son nom personnel. Elle jouit de ce droit, lorsque la portion indivise qui lui appartenait en propre faisait partie de ses biens dotaux ; elle en jouit également, lorsque cette portion était comprise dans ses paraphernaux.

En restreignant comme nous venons de le faire la portée d'application du retrait d'indivision, nous croyons rester fidèles au texte et à l'esprit de notre loi. A tort ou à raison, les rédacteurs du Code civil n'ont pas séparé l'idée du retrait d'indivision de l'idée d'une communauté de biens. Sans doute, ils

1. Laurent, t. XXI, p. 372.

auraient pu concevoir d'une façon plus large cette institution protectrice. Mais, nous devons nous conformer à leur pensée, si nous voulons avoir une notion exacte du droit qu'ils ont organisé dans l'article 1408 ; et nous ne devons accorder à la femme le retrait d'indivision, nous ne devons lui reconnaitre le droit de prendre pour elle le marché conclu par son mari, qu'autant que l'immeuble dont elle possédait une part indivise, entre, par l'effet de ce marché, dans une masse de biens commune aux deux époux.

Dans les autres régimes matrimoniaux, auxquels nous ne croyons pas devoir appliquer le retrait d'indivision, si le mari se rend acquéreur de tout ou partie d'un immeuble dont la femme possédait une part indivise, il en devient propriétaire incommutable ; ce bien entre dans son patrimoine d'une façon définitive.

On pourrait toutefois concevoir quelques doutes à propos du régime dotal. Pour ce régime, à défaut du système de l'article 1408, ne devrait-on pas admettre, au moins pour les biens dotaux, le système de la loi 78 ? Sans doute, au moment de la promulgation du Code civil, toutes les lois romaines dont les dispositions n'y étaient pas reproduites, se sont trouvées abrogées. Mais, comme les rédacteurs du Code, en cédant aux instances des tribunaux du

Midi, et en faisant une place au régime dotal dans la législation nouvelle, ont entendu rétablir ce régime tel qu'il était connu et pratiqué dans les pays de droit écrit, avec toutes les institutions accessoires et toutes les coutumes qui en complétaient la physionomie, on pourrait soutenir avec quelque fondement que la loi 78 a été tacitement conservée et qu'elle est encore en vigueur. On ajoute encore une autre considération. N'est-il pas étrange, dit-on, qu'une théorie qui a pris naissance dans le régime dotal, ne puisse plus aujourd'hui s'y appliquer, ni sous sa forme primitive, ni sous la forme nouvelle dont la législation moderne l'a revêtue?

Tout en reconnaissant la valeur de cette argumentation, nous pensons que le système de la loi 78 ne peut pas être transporté dans notre droit actuel. Il avait sa raison d'être à Rome et dans l'ancien droit; il ne s'expliquerait plus aujourd'hui.

Dans le droit romain et dans notre ancien droit, le mari était considéré, au moins en théorie pure, comme le propriétaire de la dot, comme un propriétaire tenu de restituer. Par suite, lorsqu'il se rendait adjudicataire sur licitation, d'un immeuble dont une part indivise lui avait été apportée en dot, cette adjudication ne lui faisait acquérir à nouveau que la part du copropriétaire. Le caractère de la portion apportée en dot n'était pas modifié : cette

portion restait dotale. Dès lors, le mari étant tenu de restituer une partie indivise de l'immeuble à la dissolution du mariage, il parut naturel de le contraindre à restituer l'immeuble entier, et de contraindre en même temps la femme à accepter cet accroissement de propriété (1).

Mais aujourd'hui la situation est toute différente. Le mari n'étant plus que l'administrateur de la dot, s'il se rend adjudicataire d'un immeuble dont une portion indivise était dotale, cette adjudication lui fait acquérir la propriété de l'immeuble entier. La portion apportée en dot, cessant d'appartenir à la femme, cesse du même coup d'être dotale. Elle se trouve remplacée par une somme d'argent dont le mari est tenu de faire emploi. Dès lors, puisqu'aucune partie de l'immeuble n'est plus sujette à restitution, il n'y a pas de motif pour exiger une restitution intégrale, il n'y a pas de motif pour faire intervenir la règle romaine dont rien ne justifierait plus l'application.

Lorsque le mari s'est contenté d'acheter les por-

1. Cela parut surtout conforme à l'équité dans l'hypothèse d'une licitation provoquée par les copropriétaires. Lorsque le mari, obligé de subir la licitation, s'était porté adjudicataire pour conserver la portion qu'il était tenu de rendre, il parut juste de contraindre la femme à reprendre l'immeuble entier A l'origine, c'est exclusivement pour cette hypothèse que la règle romaine fut établie. — C'est une pensée analogue qui a inspiré la disposition de l'article 1667, relative à l'acheteur à réméré.

tions des copropriétaires de la femme, on pourrait alléguer que les conditions sont les mêmes qu'autrefois, et que, par suite, le système ancien doit être maintenu. Mais, il ne faut pas oublier que la règle de la loi 78 n'avait pas trait au cas d'une acquisition amiable. C'est pour le cas d'une adjudication qu'elle avait été faite. Puisqu'elle a perdu toute utilité dans l'hypothèse qu'elle prévoyait expressément, il nous semblerait peu logique de la maintenir pour les hypothèses auxquelles elle n'était appliquée que par extension.

Nous devons donc considérer le système de la loi 78 comme définitivement aboli ; et, quant au droit de retrait de l'article 1408, ainsi que nous l'avons montré plus haut, les textes et les principes de notre législation ne nous permettent pas de l'étendre aux différents régimes matrimoniaux, dans lesquels nous ne rencontrons ni une communauté de biens, ni une société d'acquêts.

POSITIONS

Droit Romain.

I. — A l'époque classique, l'obligation de faire ou de ne pas faire a en réalité pour objet une somme d'argent.

II. — L'obligation de faire ou de ne pas faire est toujours divisible au point de vue de la condamnation.

III. — Lorsqu'une obligation de faire ou de ne pas faire est par nature divisible, son caractère et ses effets ne sont nullement modifiés par l'adjonction d'une stipulation de peine.

IV. — Toute obligation contractuelle peut donner lieu à l'exercice de la *condictio certi*, à condition que le créancier opère lui-même, à ses risques et périls, la liquidation de son droit.

V. — La *successio in locum* ne fait acquérir que le *rang* de l'hypothèque qui appartenait au créancier.

VI. — Les codébiteurs solidaires même *non socii* jouissent du bénéfice de cession d'actions.

VII. — L'action *præscriptis verbis* est toujours une action de bonne foi.

VIII. — Marc-Aurèle a innové en décidant que l'on pourrait opposer la compensation dans les *stricta judicia* au moyen de l'exception de dol.

Droit civil français.

I. — Le droit d'option conféré à la femme par l'article 1408-2° est une faculté de retrait.

II. — Le droit d'exercer le retrait d'indivision appartient aux créanciers de la femme.

III. — L'exercice du retrait ne produit aucun effet vis-à-vis des anciens copropriétaires de la femme.

IV. — Le retrait d'indivision est propre au régime de communauté.

V. — L'article 1595 qui prohibe la vente entre époux, ne s'applique qu'à la vente amiable.

VI. — La fiction de l'effet déclaratif du partage ne doit pas être appliquée dans les rapports de chacun des copartageants avec ses propres ayants-cause.

VII. — L'article 1142, en vertu duquel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution », ne s'applique qu'aux obligations qui ne peuvent pas être exécutées par d'autres que le débiteur.

VIII. — La femme qui accepte le remploi, n'est pas tenue de respecter les droits réels que le mari a pu consentir sur le bien, depuis qu'il en a fait l'acquisition.

IX. — La femme ne peut pas se retirer, par contrat de mariage, la capacité de s'obliger.

X. — Le pacte adjoint au don manuel est dispensé des formes de l'article 931.

Droit commercial.

I. — En cas de faillite, la déchéance du terme se produit même en faveur des créanciers hypothécaires.

II. — Le porteur d'une lettre de change a un droit exclusif sur la provision.

Droit criminel.

I. — L'excuse légale résultant de la provocation profite au complice, quand elle a été admise en faveur de l'auteur principal.

II. — La poursuite correctionnelle commencée contre la femme adultère n'est pas éteinte par le décès du mari.

Vu par le Président de la Thèse :
C. BUFNOIR.

Vu par le Doyen de la Faculté :
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA STIPULATION

AYANT POUR OBJET UN FAIT OU UNE ABSTENTION

DROIT FRANÇAIS

DU RETRAIT D'INDIVISION

Laval impr. et stér. E. JAMIN. — 41 rue de la Paix.

1886
5

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES DONATIONS A CAUSE DE MORT ENTRE ÉPOUX

EN DROIT ROMAIN

DE LA COMBINAISON DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE

DE DROIT COMMUN

ET DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE SPÉCIALE AUX ÉPOUX

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

FÉLIX DRELON

Avocat.

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1886


Digitized by Google

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES DONATIONS A CAUSE DE MORT ENTRE ÉPOUX

EN DROIT ROMAIN

DE LA COMBINAISON DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE

DE DROIT COMMUN

ET DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE SPÉCIALE AUX ÉPOUX

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 16 Décembre 1886, à 1 h. 1/2

PAR

FÉLIX DRELON

Avocat.

Président : M. GLASSON, Professeur

SUFFRAGANTS { MM. COLMET DE SANTERRE, LYON-CAEN } PROFESSEURS
LE POITTEVIN AGRÉGÉ

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1886

June 27, 1921

A MES GRANDS-PARENTS

A MON PÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

DES DONATIONS A CAUSE DE MORT ENTRE ÉPOUX

Primitivement, les libéralités entre époux n'étaient soumises à aucune restriction spéciale. Plus tard, les donations entre-vifs en faveur du conjoint furent interdites, les dispositions testamentaires seules étaient permises; à cette époque, la donation à cause de mort était sous ce rapport assimilée au legs. Enfin, le sénatus-consulte de Caracalla décida que toute donation qui n'aurait pas été révoquée par l'époux prémourant vaudrait comme donation à cause de mort. C'est l'exposé de ces diverses phases qui va faire l'objet de notre étude, et nous y joindrons l'analyse sommaire des réformes apportées par Justinien.

CHAPITRE PREMIER

DE LA RÈGLE PROHIBITIVE DES LIBÉRALITÉS ENTRE ÉPOUX ET DE L'EXCEPTION FAITE EN FAVEUR DE LA DONATION A CAUSE DE MORT

A l'époque classique, les donations entre époux étaient interdites à Rome. C'est là une règle importante qui a son origine dans le *jus non scriptum* : « Moribus « apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem « donationes valerent, » dit Ulpien (L. 1, D., liv. XXIV, t. I, *De donationibus inter virum et uxorem*). Les *Fragmenta Vaticana*, § 302, nous apprennent que les conjoints figuraient au nombre des personnes exceptées des dispositions de la loi Cincia qui aurait été rendue en l'an 550 de Rome ; on peut donc conjecturer que cette prohibition a dû être introduite à la fin de la République.

Lorsque, par suite de la corruption des mœurs, le mariage tendait à se transformer en une union passagère, le divorce était une arme dont un époux cupide aurait pu se servir pour exploiter la tendresse de son

conjoint, et il fallait empêcher que le maintien du mariage ne soit mis à prix : « Sæpe futurum esset ut dis« cuterentur matrimonia, si non donasset is qui pos« set » (L. 2, *eod. tit.*). En dehors de la crainte de ce honteux marché qui, souvent répété, aurait donné au mariage un caractère purement vénal, *venalicia essent matrimonia*, l'affection des conjoints les porte à se faire des libéralités inconsidérées, et il était utile de les protéger contre des entraînements suivis trop souvent de regrets : « Ne mutuato amore invicem spoliarentur, do« nationibus non temperantes, sed profusa erga se fa« cilitate » (L. 1, *eod. t.*). Un amour honnête ne doit reposer que sur des sentiments d'estime ; il y a le plus grand intérêt pour la dignité des conjoints à ce que la bonne harmonie ne semble pas le résultat de sacrifices pécuniaires. De plus, il eût été souverainement injuste que le désintéressement d'un des époux entraînât sa ruine et enrichît son conjoint plus avide, et la prohibition tendait encore à empêcher ce fâcheux résultat : « Neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior « fieret. » Paul ajoute que l'éducation des enfants aurait souffert de ces convoitises : « Nec esset eis studium « liberos potius educendi » (L. 2, *eod. t.*).

Pour mieux saisir le caractère de cette prohibition, il n'est peut-être pas déplacé de mettre en regard une autre restriction apportée à la même époque à la liberté de disposer de ses biens à titre gratuit ; la *querela inofficiosi testamenti*, qui provient également de l'œuvre

d'interprétation des Prudents. Entre ces deux institutions on ne saurait trouver d'autre lien que leur commune origine : la prohibition des donations entre époux tend à protéger le donateur contre lui-même, elle vient au secours de sa faiblesse dans son propre intérêt; la *querela* est destinée à réprimer, en faveur de certains héritiers légitimes, dont les droits de succession semblent tout spécialement respectables, les rigueurs de parents poussés par les manœuvres coupables de personnes intéressées à leur faire oublier les devoirs du sang (Marcellus, L. 3 ; Gaius, L. 4, D., liv. V, t. II, *De inofficioso testamento*).

Et de même que la personne à secourir est toute différente, de même le remède offert s'applique à deux catégories d'actes de dispositions à titre gratuit complètement opposés : c'est le testament paternel, que l'enfant injustement exhérédé cherche à faire tomber; ce sont les donations entre-vifs, qui sont interdites entre conjoints.

Les libéralités à cause de mort leur ont toujours été permises, sauf application des lois Julia et Papia, qui sous le nom de *leges decimariæ* soumettaient à des conditions particulières le *jus capiendi* entre époux, et sous les restrictions apportées par les constitutions dans l'intérêt des enfants nés d'un précédent mariage.

Mais entre les libéralités entre-vifs et les dispositions testamentaires, il existe en droit romain une libéralité d'une nature tout à fait particulière, tenant à

la fois de la donation ordinaire et du legs, et dont le caractère neutre apparaît dans les termes qui servent à la désigner : la *mortis causa donatio*.

Longtemps les jurisconsultes se sont demandés quel était son trait dominant : Justinien mit fin à la discussion en donnant gain de cause à l'opinion qui l'assimilait en général au legs. Mais un point qui a toujours été hors de controverse, c'est que la donation à cause de mort ne tombait pas sous le coup de la prohibition des donations entre époux.

Nous définirons la donation à cause de mort : une libéralité faite par une personne, en vue de la mort, que cette personne soit ou non sur le point de courir un danger déterminé, ordinairement révocable au gré du donateur et nécessairement caduque par le prédécès du donataire.

Cette explication donnée par M. Glasson, s'écarte un peu de celle des Institutes (§ 1, L. 2, t. VII).

Elle a sur celle-ci l'avantage d'indiquer d'une manière plus précise les caractères de la donation à cause de mort. D'après Justinien cette libéralité serait toujours faite par une personne qui se trouve sur le point de courir un danger. Or, si tel a pu être le droit primitif, comme le conjecture Keller, il est certain que de bonne heure la simple pensée de la mort, *cogitatio mortis*, suffisait ; la preuve en est ce texte d'Ulpien : « Julianus libro septemdecimo digestorum, tres esse « species mortis causa donationum ait. Unam, cum

« quis nullo præsentis periculi metu conterritus, sed « sola cogitatione mortis donat » (L. 2, D., liv. XXXIX, t. VI).

De même, Justinien, après avoir déclaré que cette libéralité est révocable au gré du donateur, n'ajoute pas qu'ordinairement celui-ci peut renoncer à ce droit de révocation. Pourtant il résulte nettement de textes nombreux que le donateur peut y renoncer sans que la libéralité perde son caractère; Paul par exemple nous dit : « Sic quoque potest donari mortis causa, ut « nullo casu sit repetitio : id est, ne si convaluerit qui- « dem donator » (L. 35, § 4, D., liv. XXXIX, t. VI).

Une donation contractée juridiquement pendant le mariage, mais ne devant se réaliser qu'après sa dissolution, ne rentrait évidemment pas dans le cadre des libéralités interdites. L'esprit dans lequel avait été conçue la règle défendant aux conjoints de se faire des donations l'empêchait de trouver ici son application : celui qu'elle avait mission de sauvegarder contre les entraînements de sa générosité n'avait plus besoin de sa protection. Les textes, du reste, consacrent ce principe : « Inter virum et uxorem mortis causa donatio- « nes receptæ sunt; » déclare la loi 9, § 2, D., *h. t.* Le sens des mots *receptæ sunt* n'est pas douteux : ils ne signifient pas que les donations à cause de mort, après avoir été prohibées entre époux comme les donations entre-vifs, auraient été ensuite permises, mais qu'en tous temps l'usage avait consacré ces libéralités.

Non seulement cette interprétation est conforme au principe général, mais encore la même expression s'applique à la prohibition des donations entre époux. Gaius explique ainsi cette immunité dont jouit la donation à cause de mort : « Quia in hoc tempus excurrit « donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt » (L. 10, D., 24, 1) ; lorsqu'elle se réalise il n'y a plus de mariage.

Il n'est peut-être donc pas rigoureusement exact de désigner le privilège accordé à la donation à cause de mort comme une exception à la prohibition des donations entre époux. Une semblable libéralité ne produit son effet qu'entre le survivant des conjoints et les héritiers de l'autre, et pendant toute la durée du mariage le patrimoine du conjoint donateur n'est frappé d'aucune diminution, le patrimoine du conjoint donataire ne reçoit aucun accroissement, ce n'est pas là précisément une donation *inter virum et uxorem.*

Pourtant le nom même de cette sorte de libéralités évoquant l'idée de donation, il est assez naturel de signaler les particularités qu'elle présente comme une dérogation à la règle générale. Du reste, c'est à ce point de vue que tous les jurisconsultes se sont placés pour traiter ce sujet.

CHAPITRE II

DES CARACTÈRES PARTICULIERS DE LA DONATION A CAUSE DE MORT ENTRE ÉPOUX

Les mêmes motifs qui avaient fait admettre la validité de la donation à cause de mort entre époux devaient amener à la soumettre à des règles particulières. En effet, certaines modalités permises entre étrangers auraient offert aux conjoints le moyen facile d'éluder la règle qui leur interdisait de se donner entre-vifs. Les jurisconsultes romains se sont préoccupés de cette situation et ont dégagé de la théorie générale de la donation à cause de mort certains principes spéciaux à l'hypothèse où cette libéralité a lieu entre conjoints.

Citons d'abord l'opinion de Fulcinius, qui voulait que les donations à cause de mort entre époux soient faites en vue d'un péril : « Fulcinius inter virum et uxo-
« rum mortis causa donationem ita fieri, si donator
« justissimum mortis metum habeat. Neratius sufficere
« existimationem donantis hanc esse, ut moriturum
« se putet : quam juste, necne susceperit, non quæren-

« dum. Quid magis tuendum est » (L. 43, D., liv. XXXIX, t. VI). Nératius n'admettait pas cette restriction, et c'est son avis qui a prévalu. Aucune bonne raison ne peut être donnée pour justifier l'exigence d'une condition autre que la simple pensée de la mort. C'est pourtant une preuve de la tendance à traiter d'une manière spéciale les libéralités entre époux, lors même qu'elles affectaient la forme tolérée.

Pour trouver une différence véritable, il nous faut examiner le droit de révocation du donateur *mortis causa*.

D'après les romanistes les plus distingués, le *jus pœnitendi* était seulement de la nature et non de l'essence de la donation à cause de mort. La novelle 87 de Justinien montre clairement que, dans le dernier état du droit, une donation révocable par le prédécès du donataire, mais non par le repentir du donateur, devait être rangée parmi les donations *mortis causa*. Effectivement, elle prive les curiaux de la faculté de renoncer au droit de révocation dans les donations à cause de mort, parce qu'ils en abusaient pour tourner la loi, qui leur interdisait de faire des donations entre-vifs immobilières. Pour l'époque classique, la question peut paraître plus douteuse; la donation à cause de mort est communément désignée ; celle dans laquelle le donateur se préfère au donataire, et préfère celui-ci à ses propres héritiers ; « se potius habere vult, quam eum, cui donat; « illum deinde potius, quam heredem suum », nous

dit la loi 35, § 2, *in fine*, D., liv. XXXIX, t. VI, et les Institutes reproduisent la même définition. Or, il est évident que dans l'espèce proposée le donateur préfère le donataire à ses propres héritiers, mais on ne peut plus dire qu'il se préfère lui-même au donataire. On peut répondre à cette objection, que sans doute cette manière de s'exprimer faisait allusion au cas le plus ordinaire dans lequel la donation à cause de mort était non seulement caduque par la survie du donateur, mais encore révocable à son gré. Du reste, des textes formels décident que la donation à cause de mort peut se présenter avec cette modalité : « Et sic « donare potest, ut non aliter reddatur, quam si prior « ille, qui accepit, decesserit », disent Julien et Paul dans les lois 13, § 1 et 35, § 4, D., liv. XXXIX, t. VI.

En sens inverse on invoque un texte de Papinien (L. 42, § 1, D., *h. t.*). « Cum pater in extremis vitæ « constitutus, emancipato filio quædam sine ulla con- « ditione redhibendi donasset, ac fratres et coheredes « ejus bonis contribui donationes, Falcidiæ causa, « vellent : jus antiquum servandum esse respondi. « Non enim ad alia Constitutionem pertinere, quam « quæ lege certa donarentur, et morte insecuta quo- « dammodo bonis auferrentur, spe retinendi perempta : « eum autem, qui absolute donaret, non tam mortis « causa, quam morientem donare ». Voici ce dont il s'agit dans ce texte : un père, à son lit de mort, fait à son fils émancipé une donation sans aucune condition

de retour. Une constitution de l'empereur Septime Sévère soumettait les donations à cause de mort à la réduction autorisée par la loi Falcidie, et les frères du donataire, ses cohéritiers, soutenaient que c'était justement là le cas de l'appliquer. Papinien déclare que leur prétention n'est pas fondée, et qu'il faut écarter la quarte Falcidie parce que l'on se trouve en présence d'une donation entre-vifs faite par un mourant, et non d'une donation à cause de mort.

De là, certains auteurs, notamment M. Pellat (*Textes choisis des Pandectes*), concluent que pour qu'une donation puisse être qualifiée donation à cause de mort, il faut qu'elle soit révocable tant par le changement de volonté du donateur que par le prédécès du donataire.

C'est aller trop loin, et le texte ne permet pas une semblable déduction : il parle d'une donation faite *sine ulla conditione redhibendi* sans aucune facilité de reprendre, c'est-à-dire d'une donation qui ne serait pas tombée même dans le cas où le père aurait survécu à son fils. Il est tout naturel que Papinien ait considéré que c'était là une libéralité entre-vifs, et rien ne laisse supposer qu'il aurait proposé la même solution si la donation, tout en restant soumise à la caducité au cas de prédécès du fils, eût été mise à l'abri du droit de révocation du père.

Mais les époux pouvaient-ils se donner *mortis causa* en renonçant à tout droit de révocation ?

Il est évident, comme le fait remarquer notre sa-

vant et regretté professeur, M. Machelard (*Traité de l'accroissement*), qu'en présence d'une semblable faculté, la défense qui leur était faite de se donner entre-vifs ne se concevrait plus. La question n'est résolue par aucun texte, il est vrai, mais il ne faut pas oublier que la révocabilité *ad nutum* était de la nature de la donation *mortis causa*, et que si cette libéralité avait été autorisée entre époux, c'était à la condition de se présenter avec ses éléments ordinaires. Du reste, lorsque la donation entre-vifs pût valoir entre époux comme donation à cause de mort, la règle posée par le sénatus-consulte était que le conjoint donateur devait toujours être libre de se repentir : « Fas esse, eum quidem, « qui donavit pœnitere » (L. 32, § 2, D., liv. XXIV, t. I. Enfin, on peut remarquer que dans notre législation, qui autorise les donations entre époux, le droit de révocation est considéré comme une garantie indispensable ; il serait vraiment étrange qu'à Rome, où, en principe, elles étaient prohibées, cette protection fût refusée à l'époux dans le cas exceptionnel où il pouvait faire une donation à son conjoint.

L'argument tiré en faveur de l'opinion contraire de la loi 11, § 1, D., liv. XXIV, t. I, où il est dit : « Omnis « mortis causa donatio valet inter virum et uxorem, » ne résiste pas à une lecture attentive. En effet, dans ce texte, Ulpien ne s'occupe en rien du droit de révocation ; et nous verrons qu'il veut dire qu'entre époux sont permises, non seulement les donations à cause de

mort qui, si elles avaient lieu entre personnes étrangères, reporteraient la translation de propriété à l'époque du décès, mais encore celles qui, toujours entre étrangers, rendraient le donataire immédiatement propriétaire.

La révocation, au surplus, pouvait être expresse ou tacite. Elle était même présumée, par cela seul que l'époux donataire signifiait le divorce à l'époux donateur; à moins que celui-ci n'ait justement fait la donation pour le cas où il y aurait divorce. En dehors de cette hypothèse, la libéralité tombait d'une manière définitive; c'est ce que nous apprend la loi 11, § 10, D, liv. XXIV, t. I : « Si maritus uxori donaverit mortis « causa, eaque diverterit, an dissolvatur donatio? Ju- « lianus scripsit infirmari donationem, nec impendere. » Ces derniers mots signifient que la donation sera caduque dès à présent, sans qu'il y ait à attendre pour savoir si le donataire survivra au donateur.

Une autre différence des plus importantes résulte de ce qu'entre époux la donation *mortis causa* ne produit jamais aucun effet avant le décès du donateur.

Il n'en était pas de même entre étrangers. Quant à la convention elle-même, son sort dépendait du prédécès du donateur sans qu'il l'ait révoquée : valable dans ce cas, elle était caduque si le donataire ne survivait pas. Quant à l'acte, dation, promesse, ou libération, qui avait servi à la réaliser, il fallait distinguer s'il avait été fait sous condition suspensive du prédé-

cès du donateur, ou s'il avait été fait purement et simplement, sauf résolution pour le cas où le donataire viendrait à mourir avant le donateur. Pour employer un langage rigoureusement inexact, mais qui fait bien comprendre la différence qui existait entre ces deux modes, on peut dire que la donation à cause de mort pouvait être soumise soit à la condition suspensive, soit à la condition résolutoire du prédécès du donateur.

Cette distinction était surtout intéressante dans l'hypothèse d'une donation par voie de *datio*, parce qu'il s'agissait alors de savoir qui serait propriétaire *pendente conditione* : la translation de propriété ayant lieu tantôt au moment même de la tradition ou autre acte équivalent, tantôt au moment de la mort du donateur.

Elle est nettement énoncée par Ulpien dans la loi 29, D., liv. XXXIX, t. VI : « Si mortis causa res donata « est, et convaluit, qui donavit : videndum an habeat « in rem actionem ? Et si quidem quis sic donavit, ut « si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est : « sine dubio donator poterit rem vindicare : mortuo « eo, tunc is, cui donatum est. Si vero sic, ut jam « nunc haberet, redderet, si convaluisset, vel de præ- « lio, vel peregre rediisset; potest defendi, in rem « competere donatori, si quid horum contigisset, inte- « rim autem ei cui donatum est. Sed et si morte præ- « ventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in « rem donatori. » Le jurisconsulte, se plaçant dans

l'hypothèse où la donation est devenue caduque par le prédécès du donataire, se demande si l'action en revendication compète au donateur, et pour résoudre la question il fait une distinction : la donation a-t-elle été faite sous condition suspensive? l'action en revendication lui appartient sans difficulté; — la donation a-t-elle été faite sous condition résolutoire? Ulpien pense qu'on doit la lui accorder également. Ce texte, nous devons le faire remarquer, contient une innovation de la plus haute gravité sur l'effet de ce que nous avons appelé la condition résolutoire. Sous l'ancien droit romain, et même à l'époque classique, la propriété limitée dans sa durée était inconnue. C'est Ulpien, le premier, qui a proposé d'admettre le transfert de la propriété *ad tempus*. Aussi est-ce avec quelque timidité, *potest defendi*, qu'il accorde l'action en revendication au donateur survivant, lorsque la donation à cause de mort n'a pas été en principe affectée d'une condition suspensive.

C'est également dans l'hypothèse d'une translation de propriété, que se placent le plus souvent les textes pour soumettre la donation à cause de mort entre époux à la restriction que nous avons annoncée. Pour éviter que les conjoints ne se procurent un avantage immédiat, pendant le cours même de leur union, les jurisconsultes romains décidaient que seules les donations à cause de mort sous condition suspensive seraient exceptées de la prohibition générale. « Sed in-

« terim res non statim fiunt ejus, cui donatæ sunt, at « tunc demum, quum mors insecuta est; medio igitur « tempore dominium remanet apud eum qui donavit » (L. 11, pr., D., liv. XXIV, t. I). Ainsi l'objet donné ne devait pas passer immédiatement dans le patrimoine du donataire, mais seulement après le décès du donateur, qui conservait la propriété jusqu'à ce moment.

Dans la loi 76, D., liv. XXVIII, t. V, Papinien tire les conséquences qui résultent du maintien du *dominium* sur la tête du donateur : « Servus uxori a marito « mortis causa donatus mariti manet, ut Juliano quo« que videtur. Idem, si accipiat libertatem, simul et « hereditatem, viro necessarius heres erit, nec sine « libertate aliquid ei legari potest. » L'esclave donné par un mari à sa femme, n'en reste pas moins la propriété du mari, qui pourra l'instituer héritier nécessaire en révoquant la donation, et qui ne pourra lui faire aucun legs sans la liberté, parce que ce serait lui-même qu'il gratifierait.

Pourtant il n'était pas indifférent de connaître l'intention de l'époux donateur. La transmission de la propriété ne pouvait, il est vrai, se produire qu'à la dissolution du mariage, mais une fois la condition de la survie du donataire réalisée, on tenait compte de la volonté manifestée par le donateur de ne pas différer l'aliénation jusqu'au moment de son décès. Dans ce cas on faisait produire à la donation à cause de mort les mêmes conséquences que si elle avait été consom-

mée au moment de la tradition. C'est ce que veut dire Ulpien dans le § 1[er] de la loi 11, D., liv. XXIV, t. I : « Sed quod dicitur : mortis causa donationem inter vi- « rum et uxorem valere, ita verum est, ut non solum « ea donatio valeat secundum Julianum, quæ hoc « animo sit, ut tunc res fiant uxoris vel mariti, quum « mors insequatur, sed omnis mortis causa donatio. » Ces derniers mots font allusion à la faculté accordée au conjoint de faire une donation avec effet rétroactif à sa mort.

Il est évident que cette rétroactivité n'était possible qu'autant qu'elle était conforme à la volonté du donateur. Cependant la loi 40, D., liv. XXXIX, t. VI, semble la poser en règle : « Si mortis causa donatio inter vi- « rum et uxorem facta sit, morte secuta, reducitur ad « id tempus quo interposita fuit. » M. Boissonade (*Histoire des donations entre époux*, n° 45) s'appuie sur ce texte pour soutenir que, si le donateur avait fait tradition de son vivant, on présumait que la rétroactivité était dans son intention. Mais M. Glasson (*Des donations à cause de mort*) pense au contraire qu'en écrivant cette loi, Papinien songeait uniquement à l'hypothèse où le donateur aurait manifesté le désir que la condition de son prédécès produise, en s'accomplissant, un effet rétroactif au jour de la donation. Cette interprétation est confirmée aux Basiliques ; dans une scholie sur la loi 40, qui s'y trouve textuellement rapportée, on a soin de rappeler que la règle véritable est

contenue dans la loi 11, *De donat. int. vir. et uxor.*

Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que la donation à cause de mort entre époux, présente un caractère tout particulier au point de vue de l'effet rétroactif de la condition accomplie. Mais quel est le point où elle se dérobe à l'application du droit commun? C'est là une question sur laquelle les autorités les plus considérables sont en désaccord. Elle se rattache étroitement à cette autre plus générale : la condition qui affecte un acte translatif produit-elle ou non effet rétroactif?

D'après la majorité des interprètes il faudrait répondre négativement. Par suite, l'exception faite en faveur de la donation à cause de mort entre époux, consisterait dans la rétroactivité accordée à la condition accomplie du prédécès du donateur, si telle a été sa volonté. Ce serait, d'après eux, un adoucissement à la règle qui interdit entre époux les donations à cause de mort sous condition résolutoire.

Dans une autre opinion, la condition, jointe à un mode d'acquérir, s'accomplit avec rétroactivité. Ce principe étant admis, il en résulte que la donation à cause de mort entre époux offre cette particularité que la condition du prédécès du donateur s'exécute sans produire d'effet rétroactif. C'est là une nouvelle rigueur résultant de la défense faite aux conjoints de se donner entre-vifs : non seulement ils ne pourront pas se faire de donations à cause de mort sous condition ré-

solutoire, mais le bénéfice du droit commun sera même refusé à celles qu'ils soumettront à la condition suspensive de la survie du donataire. Pourtant si le donateur a eu l'intention de rendre de suite son conjoint propriétaire, on tiendra compte, lors de son décès, de ce désir en faisant produire effet rétroactif à la donation; c'est-à-dire qu'on reviendra à l'application de la règle générale sur l'effet de la condition accomplie.

C'est cette opinion, enseignée par M. Glasson, qui nous paraît exacte.

Si nous examinons les arguments de nos adversaires, nous trouvons qu'ils se résument en cette proposition : Toute condition contient, par la force même des choses, un terme incertain, or il n'est pas douteux que la propriété transférée *sub die* n'est réellement déplacée qu'à l'arrivée du terme et seulement pour l'avenir. En effet le terme qui, dans les obligations ne suspend que l'exigibilité, suspend au contraire la naissance même du droit dans un acte translatif de propriété. Ainsi, en admettant que la condition soit rétroactivement anéantie, le terme subsistera toujours, et il reculera forcément à l'arrivée de la condition le déplacement de la propriété.

Mais rien ne prouve que les jurisconsultes romains aient considéré la condition comme équivalant à un terme incertain. Bien plus, cette manière de voir était contraire à leurs idées sur les caractères du droit de propriété. Ils n'admettaient pas la propriété *ad*

tempus : or si l'on décide que la condition renferme un terme, il en résulte que dans l'intervalle qui s'écoule entre la tradition et l'arrivée de la condition, le *tradens* est un propriétaire *ad tempus.*

On pourrait peut-être nous objecter que la situation du *tradens* serait la même dans le cas d'une tradition affectée d'un terme incertain.

Mais chaque hypothèse offre un caractère distinct.

Si la tradition est accompagnée d'un *dies a quo*, l'intention des parties est de remettre le transfert de propriété au moment où le terme arrivera. Jusque-là le *tradens* conserve son *dominium* intact; il reste propriétaire sans aucune limitation.

Mais dans le cas d'une tradition conditionnelle, en outre du terme incertain, que suppose l'autre système, il y a la condition elle-même qu'il ne peut pourtant pas supprimer. Cette condition s'accomplit avec effet rétroactif, tout le monde en convient; l'*accipiens* est donc censé avoir acquis la propriété du jour de la tradition; mais comme par suite du terme, le transfert ne pourrait pas s'être produit à cette époque, c'est le *tradens* qui serait resté propriétaire dans l'intervalle, et propriétaire *ad tempus*.

Et c'est bien ainsi que le premier système est amené à le considérer. En effet, n'admettant pas la rétroactivité, pour expliquer l'extinction des charges réelles consenties par le *tradens*, il invoque la règle : « Nemo plus « juris in alium transferre potest quam ipse habet. »

Or, si on écarte en vertu de cet axiome l'effet des actes faits par l'aliénateur, c'est qu'on juge qu'il n'avait plus, du jour de la tradition, qu'un droit de propriété limité à un certain temps : résultat tout à fait contraire à l'idée que les jurisconsultes de l'époque classique se faisaient du droit de propriété.

D'après notre système, l'arrivée de la condition produit ce double effet, de consolider irrévocablement la propriété de l'*accipiens*, et d'effacer rétroactivement tous les actes faits par le *tradens*, *pendente conditione*.

Quant aux textes qu'on nous oppose, nous pouvons les diviser en deux catégories : les uns disent que la propriété passe à l'acquéreur à l'arrivée de la condition; nous ne le contestons pas, mais nous ne voyons pas en quoi se trouve infirmée notre proposition sur la rétroactivité. Ils emploient l'expression, *tunc demum*, pour désigner que c'est seulement après l'accomplissement de la condition que le *dominium* est déplacé; mais peut-on tirer de cette expression un argument en faveur de la non-rétroactivité? (L. 1, pr., L. 2, § 5, D. *de donat.*, 39, 5). Les autres s'occupent de donations à cause de mort entre époux, et établissent formellement que l'arrivée de la condition n'efface pas dans le passé la propriété du donateur; mais nous avons reconnu que dans cette hypothèse l'effet rétroactif de la condition était en général supprimé; seulement nous voyons là une exception au droit commun. Et telle est la pensée qu'Ulpien exprime dans le § 2 de la loi 11,

D., liv. XXIX, t. I : *Quando itaque non retroagatur donatio, emergunt vitia*, de ce que dans ce cas la donation ne rétroagit pas, résultent des conséquences anormales.

Enfin, pourquoi traiter différemment la condition dans les contrats et dans les translations de propriété?

Les jurisconsultes romains ont admis, sans aucun doute, le principe de la rétroactivité dans la tradition servant à réaliser certaines donations à cause de mort entre époux; quelle secrète raison auraient-ils pu avoir à ne pas généraliser cette théorie? — Et s'ils avaient fait là une innovation aussi importante, comment comprendre qu'ils ne s'en soient pas formellement expliqué?

Au surplus, quel que soit le système que l'on suive sur l'effet rétroactif de la condition en droit commun, il faut reconnaître, avons-nous dit, que la donation à cause de mort entre époux présente à ce point de vue un caractère tout particulier, d'où découle toute une série de conséquences intéressantes à étudier.

Tantôt le bénéfice de la rétroactivité lui est accordé, tantôt il lui est refusé, ce qui entraîne évidemment des solutions toutes contraires. Par exemple, si du vivant du donateur le conjoint transmet l'objet donné à un tiers, cette tradition sera frappée soit d'une nullité absolue, soit d'une nullité conditionnelle. C'est ce que nous montre Ulpien dans la loi 11, § 2, D., 24, 1 : « Si « uxor rem, quam a marito suo mortis causa accepe-

« rat ; vivo eo alii tradiderit, nihil agitur ea traditione, « quia non ante ultimum vitæ tempus mulieris fuit. « Plane in quibus casibus placeat retroagi donationem, « etiamsequens traditio a muliere facta, in pendenti ha- « bebitur. » Une femme qui avait reçu une donation à cause de mort de son mari fait tradition à un tiers de l'objet donné, avant le décès de son conjoint : cette tradition sera de nul effet comme portant sur quelque chose qui ne devait devenir la propriété de la femme qu'en cas de survie. Pourtant s'il s'agit d'une donation où la condition s'accomplit avec effet rétroactif, le sort de la tradition faite par la femme dépendra de celui de la donation.

Ainsi quand la rétroactivité est admise, il est impossible de connaître *a priori* le résultat de la tradition faite par le donataire à un tiers : rétroactivement validée si la donation est confirmée, elle reste sans effet si la donation est caduque.

De même, si un esclave a été donné, les acquisitions par lui faites du vivant du donateur appartiendront à celui des deux époux qui survivra (L. 20, D., 24, 6). « Si is servus, qui uxori mortis causa donatus est, prius- « quam vir decederet, stipulatus est, in pendenti puto « esse causam obligationis, donec vir aut moriatur, aut « suspicione mortis, propter quam donavit, liberetur; « quidquid autem eorum inciderit, quod donationem « aut perimat, aut confirmet : id quoque causam stipu- « lationis aut confirmabit, aut resolvet. »

On sait que la stipulation faite par un esclave, même sous condition, doit profiter au maître qu'il avait à l'époque du contrat. Or, c'est le mari donateur qui malgré la tradition a conservé pendant toute sa vie la propriété de l'esclave; pourtant le jurisconsulte décide que la stipulation faite par l'esclave suivra la même destinée que la donation; si celle-ci est confirmée par le prédécès du mari, la femme bénéficiera de la stipulation, parce qu'elle sera rétroactivement considérée comme ayant été propriétaire de l'esclave à partir du moment de la tradition.

En sens inverse, la rétroactivité pouvait se retourner contre le donataire.

Supposons que depuis la tradition le donateur ait acquis une servitude au profit du fonds donné. Cette servitude n'aura pas été valablement constituée, puisque par suite de l'effet rétroactif, le *tradens* sera censé n'avoir plus été propriétaire du jour même de la tradition.

De même, si le donataire était *alieni juris* au moment de la tradition, c'est la personne sous la puissance de laquelle il était placé qui bénéficierait de la donation, lors même que la condition se réaliserait à une époque où il serait devenu *sui juris*.

Mais c'est surtout lorsque la donation à cause de mort entre époux devient irrévocable sans rétroactivité, que se produisent des résultats d'autant plus dignes d'être relevés, que d'après nous ils sont tout à fait anor-

maux. Ulpien, dans la loi 11, § 3, 4, 5, D., 24, 1, examine diverses applications de ce principe. Il résulte de ces passages que si l'*accipiens* est *alieni juris*, il n'acquiert pas le bénéfice de la tradition conditionnelle à la personne sous la puissance de laquelle il se trouve actuellement placé, mais que, pour savoir qui en profitera, il faut se reporter à l'arrivée de la condition. Si, lors du décès de son conjoint, le donataire est *sui juris*, il acquiert la propriété pour lui-même; s'il est resté ou s'il est tombé sous la puissance d'autrui, c'est cette personne qui profite de l'acquisition.

Cette idée se retrouve dans les §§ 2 et 5 du même texte, qui s'occupent d'une situation un peu plus compliquée Une femme à qui son mari veut faire une donation prend pour la recevoir un intermédiaire : un fils de famille, suppose Marcellus, ou bien un esclave, ajoute Scævola. Le mari livre la chose à la personne interposée, à charge par celle-ci de la remettre à la femme. A la mort du mari, l'intermédiaire est devenu *sui juris*; aura-t-il pu transmettre régulièrement la chose à la femme? N'aura-t-il pas plutôt acquis pour celui à la puissance duquel il était soumis à l'époque de la tradition? Les jurisconsultes répondent que le donateur n'a cessé d'être propriétaire qu'au moment de sa mort, et qu'à ce moment la personne interposée étant *sui juris*, la transmission qu'elle aura faite à la femme sera valable.

Le sort d'une donation à cause de mort entre époux

faite par personne interposée est donc en suspens jusqu'au décès du donateur : c'est seulement à l'arrivée de cette condition qu'a lieu la translation de propriété au profit de l'intermédiaire : s'il est *sui juris*, il acquiert pour lui, et peut exécuter le transfert dont il est chargé ; s'il est *alieni juris*, il ne peut acquérir que pour celui sous la puissance duquel il se trouve, et par suite est dans l'impossibilité de transmettre régulièrement à un autre la chose donnée.

Mais qu'arrivera-t-il si la personne interposée meurt avant le donateur, et après avoir fait remise au donataire ? Le paragraphe suivant traite cette hypothèse (L. 11, § 7, *h. t.*). « Idem Marcellus tractat, si is qui « interpositus est, posteaquam dederit mulieri, deces« serit adhuc vivo donatore, donationem evanescere, « quia debeat aliquo momento interposito fieri, et sic « ad mulierem transire. Quod ita procedit, si ea, cui « donabatur, eum interposuit, non is qui donabat. « Porro si a marito interpositus est, et res ipsius statim « facta est, et si ante mortem mariti tradiderit et de« cesserit, traditio ejus egit aliquid ; ut tamen hæc tra« ditio pendeat, donec mors sequatur. » Marcellus décide que la donation ne peut pas se réaliser, parce que la chose qui en fait l'objet, doit appartenir au moins un instant à l'intermédiaire, pour que celui-ci puisse en transmettre la propriété au donataire. Or, par suite du principe établi dans les donations à cause de mort entre époux, le donateur reste propriétaire jusqu'à sa

mort, lors même qu'il a fait tradition à une personne interposée. Et comme ici la condition s'accomplit sans rétroactivité, la mort du mari donateur avant sa femme ne permettrait pas de considérer rétroactivement cette personne interposée comme ayant été propriétaire.

Ulpien trouve cette théorie trop absolue, et préfère établir une distinction, suivant que la personne interposée a été désignée par le conjoint donataire, ou par le conjoint donateur. Pour le premier cas, il accepte la solution de Marcellus : la propriété n'a pas pu être déplacée avant la mort du donateur. Mais si c'est le donateur lui-même, qui a choisi un intermédiaire, celui-ci a pu devenir immédiatement propriétaire; c'est là une interprétation de la volonté du disposant, qui sans doute a désiré le faire profiter de la chose jusqu'à l'arrivée de la condition. Aussi, s'il meurt après avoir fait tradition au conjoint donataire, cette tradition ne sera pas en elle-même dépourvue de valeur; son sort sera lié à celui de la donation, et elle se trouvera validée par le prédécès du donateur. Pourtant, dans l'intervalle, le conjoint donataire ne devient pas propriétaire, ni après la tradition faite par la personne interposée, ni après son décès; la propriété reste à la personne interposée ou à ses héritiers jusqu'à la mort du conjoint donateur.

Dans cette hypothèse, la personne interposée par le donateur n'est pas un simple mandataire, mais en réalité un premier donataire. Ulpien continue en exa-

minant le cas où la personne interposée serait un simple mandataire, et il fait encore la même distinction : « Si uxor rem Titio dederit ut is marito mortis causa « traderet, eaque defuncta, invitis heredibus ejus Titius « marito dederit, interest utrum a muliere sit interpo« situs Titius an vero a marito cui donabatur. Si a mu« liere interpositus est, obligabit se condictione si ma« rito tradiderit; si autem a marito sit interpositus, « mortua muliere, confestim fundus efficietur ejus « quem maritus interposuit, et actionem ipse maritus « cum eo habebit. » Une femme voulant faire une donation à cause de mort à son mari, a livré la chose à Titius avec mandat de la remettre au mari à la mort de la donatrice. Lors du décès de la femme, ses héritiers s'opposent à ce que Titius fasse la tradition au mari. Titius ne tient pas compte de leur défense : qu'arrivera-t-il ? — Pour répondre, il importe de préciser quel a été le rôle de Titius. S'il a été mandataire de la femme, il a pu, d'après l'opinion d'Ulpien, devenir immédiatement propriétaire; si donc il fait tradition au mari, elle sera parfaitement valable. Mais la mort de la femme a mis fin au mandat donné à Titius, suivant les principes de ce contrat (Inst., § 10, liv. III, t. XXVI). — Il est vrai, que lorsque l'affaire est de nature à ne pouvoir être faite qu'après la mort du mandant, celle-ci n'entraîne pas extinction des pouvoirs du mandataire; et l'on pourrait peut-être penser que telle est la situation prévue par Ulpien, le mari ne pouvant

pas être donataire avant la mort de sa femme. — Mais l'on serait dans l'erreur, car Titius peut dès à présent exécuter son mandat en faisant tradition au mari, seulement celui-ci ne deviendra propriétaire qu'au décès de sa femme : aussi, Titius transfère bien la propriété au mari, la révocation ne pouvant pas lui retirer la qualité de propriétaire, mais il sera responsable à l'égard des héritiers. Ceux-ci agiront contre lui pour l'obliger à leur retransférer la propriété, et comme il ne peut pas opérer cette translation il sera condamné à des dommages-intérêts. Ils usent de la *condictio certi*, et non pas de l'action *mandati*, qui n'aurait pas sa raison d'être puisqu'il s'agit d'une obligation qui n'est pas la conséquence du mandat déjà éteint au moment où elle a pris naissance. — Titius a-t-il été constitué mandataire par le mari ? lors même que la femme lui aurait fait tradition, il ne deviendra propriétaire qu'au moment où elle décédera. Mais à cette époque il acquiert immédiatement la propriété, à la charge de la transférer au mari, qui a contre lui à cet effet l'action *mandati*.

Après avoir étudié, au point de vue de l'accomplissement de la condition, le caractère tout spécial présenté par la donation à cause de mort entre époux, nous allons examiner le cas où cette libéralité porte sur une *res aliena*. Nous commencerons par établir comment s'accomplit l'usucapion lorsque la donation à cause de mort s'est réalisée au moyen d'une tradition

faite *a non domino*, nous rechercherons ensuite si la donation à cause de mort entre époux n'obéit pas encore ici à une loi particulière.

Tout d'abord, il est certain que s'il s'agit d'une donation à cause de mort résoluble en cas de prédécès du donataire, celui-ci pourra usucaper du jour de la tradition; mais ayant usucapé *pro donato*, il ne pourra pas s'affranchir des charges imposées à la donation, et si elle vient à être ou révoquée, ou caduque, le donateur est en droit d'exiger que la propriété de la chose lui soit transférée. Il profitera ainsi d'une usucapion que lui-même peut-être n'aurait pas pu accomplir. Ceci résulte formellement de deux textes du titre *De mortis causa donationibus*. Julien nous dit, en effet, dans la loi 13, pr.: « Si alienam rem mortis causa donavero, eaque usu« capta fuerit: verus dominus eam condicere non po« test, sed ego, si convaluero. » Et Paul dans la loi 33 est du même avis: « Qui alienam rem mortis causa « traditam usucepit, non ab eo videretur cepisse, cujus « res fuisset: sed ab eo, qui occasionem usucapionis « præstitisset. »

Si la donation a été soumise à la condition suspensive du prédécès du donateur, il faut faire une distinction. La condition vient-elle à défaillir? Evidemment le donataire ne peut pas être devenu propriétaire par usucapion, *pendente conditione*, alors qu'il ne le serai pas devenu par tradition si le donateur eût été propriétaire. Le seul point douteux est de savoir si le donateur,

en le supposant lui-même *in causa usucapiendi*, a le droit de compter à son profit le temps pendant lequel la possession a été aux mains du donataire.

Dans un système on considère que la tradition sous condition ne fait pas acquérir de suite la possession à l'*accipiens*; par suite, le *tradens* ayant conservé la possession intacte a pu continuer l'usucapion commencée.

Nous pensons, au contraire, que la tradition conditionnelle transfère immédiatement la possession; du moins en général, car c'est là une question à résoudre d'après l'intention des parties; en principe le donateur ne pourra donc pas se prévaloir de la possession du donataire. Nous repoussons comme factice la distinction faite par certains auteurs entre la possession *ad interdicta* acquise à l'*accipiens*, et la possession *ad usucapionem* réservée au *tradens*,

La condition s'accomplit : sera-ce avec ou sans effet rétroactif? En d'autres termes considérera-t-on le donataire comme possédant *ad usucapionem* depuis la tradition, ou seulement depuis l'arrivée de la condition ?

Pour pouvoir usucaper il faut avoir une possession fondée sur une juste cause, et commencée de bonne foi. Le donataire, on le suppose, était de bonne foi. La convention de donner, qui est la *justa causa usucapiendi*, doit être considérée sans aucun doute possible comme ayant une existence rétroactive. Mais la possession étant *res facti*, il ne saurait y avoir aucune rétroactivité dans son établissement, et par suite dans le

système de ceux qui refusent la possession à l'*accipiens*, *pendente conditione*, il n'est pas douteux que le donataire n'aura pas pu usucaper avant le décès du donateur.

Bien que partant d'un point de vue différent, ceux qui n'admettent pas la rétroactivité de la condition dans les actes translatifs de propriété, arrivent à donner la même solution. L'*accipiens* n'a pas dû pouvoir usucaper avant le moment où il a dû compter qu'il deviendrait propriétaire, c'est-à-dire d'après eux pas avant l'arrivée de la condition; jusque-là il n'a eu qu'une possession *ad interdicta*.

Au contraire, pour nous qui admettons que la condition jointe à un acte translatif de propriété s'accomplit avec effet rétroactif, il est évident que l'usucapion a couru au profit du donataire depuis la tradition. S'il avait reçu la chose du véritable propriétaire, par le fait de l'arrivée de la condition, il aurait eu une propriété remontant au jour de la tradition, il est juste que le même résultat se produise lorsqu'il peut invoquer l'usucapion. Rétroactivement propriétaire à l'époque de la tradition conditionnelle, si le donateur était *dominus*, c'est à la même époque que toujours par rétroactivité le donataire a commencé par usucaper, si la chose était *res aliena*.

Les textes ne s'occupent pas directement de cette question ; ils posent la règle : *pendente conditione usucapio procedere non potest*, qui veut simplement dire que tant que la condition est en suspens l'*accipiens* ne

3

peut pas devenir propriétaire par usucapion; pas plus d'ailleurs qu'il ne pourrait l'être par tradition.

L'intérêt pratique de cette solution consiste à permettre au donataire de conserver la propriété de la chose, si à l'arrivée de la condition un laps de temps suffisant s'est écoulé depuis sa prise de possession, lors même que le donateur n'eût pas été *in causa usucapiendi*.

En supposant que celui-ci fût dans la même situation, le donataire à l'accomplissement de la condition joindrait sa possession à celle de son auteur, et le résultat serait identique dans les deux systèmes.

Cependant, même dans cette hypothèse, il serait peut-être utile pour le donataire d'avoir possédé *ad usucapionem pendente conditione*. Ce serait au cas où il ne serait plus de bonne foi lors de l'accomplissement de la condition. En effet, suivant que la condition se réalisera avec ou sans rétroactivité, ce donataire continuera ou commencera à posséder; au pemier cas, sa possession originairement valable *ad usucapionem* ne changerait pas de caractère, tandis que s'il entrait en possession de mauvaise foi, l'usucapion ne pourrait pas s'accomplir en sa faveur. — Toutefois, la règle *mala fides superveniens non nocet*, ayant sans doute pour motif qu'ordinairement en retour de la translation de propriété qu'il a cru recevoir, l'*accipiens* a donné quelque chose ou pris un engagement, M. Accarias pense que certains jurisconsultes ne l'appliquaient pas à l'u-

sucapion *pro donato*, qui tend simplement à enrichir le donataire. Si cette conjecture, appuyée sur la loi 11, § 3, D., liv. VI, t. II, est acceptée, elle fait disparaître pour l'*accipiens* l'un des avantages que lui offrait notre système.

De notre argumentation, il ressort que la question de savoir si, en cas de tradition faite *a non domino*, le donataire *mortis causa* commence à usucaper du jour de la tradition, ou seulement à partir du décès du donateur, est intimement liée à celle de la rétroactivité de la condition dans les actes translatifs de propriété. Aussi dans les donations à cause de mort entre époux, nous croyons qu'il faut distinguer suivant que d'après l'intention des parties la condition s'accomplit avec ou sans effet rétroactif. Si l'on se trouve dans l'un des cas les plus fréquents où la propriété serait acquise sans rétroactivité au conjoint donataire lors du décès du conjoint donateur, en admettant que celui-ci fût propriétaire, l'usucapion de la *res aliena* ne commencera qu'à la même époque. Si au contraire on se trouve dans l'un des cas exceptionnels où si la chose avait appartenu au donateur, le conjoint donataire serait devenu propriétaire avec effet rétroactif, l'usucapion a commencé au profit de ce dernier du jour même de la tradition.

Nous ne suivons pas sur ce point notre guide ordinaire. M. Glasson pense que cette solution est contredite par un texte formel : la loi 25, D., liv. XXIV, t. I.

Mais ce texte, sur les termes duquel on n'est du reste pas bien fixé (d'après Holander, il faut supprimer « non » dans la première phrase ; d'après Cujas, il faut ajouter « non » dans la seconde), n'indique pas nettement que l'usucapion doive toujours commencer de suite ; il pourrait vouloir simplement dire que la règle prohibitive des donations entre époux n'était pas applicable dans le cas où l'un des époux aurait fait donation à l'autre d'une chose qui ne lui appartenait pas. Que la donation fût entre-vifs ou à cause de mort, il fallait la déclarer valable et autoriser immédiatement l'usucapion, et cela pour cette raison que, comme il s'agissait d'une libéralité portant sur une *res aliena*, le donateur ne s'appauvrissait pas. Ici le conjoint donataire pouvait devenir propriétaire du vivant même de son conjoint, irrévocablement si la donation était entre-vifs, et sauf résolution si la donation était à cause de mort.

Les exceptions aux principes ordinaires de la donation à cause de mort, au cas où cette libéralité a lieu entre époux, paraissent jusqu'à présent restrictives du droit commun. Pourtant on peut signaler une particularité toute en leur faveur. En général, la *media capitis deminutio* du donateur rend caduque la donation à cause de mort. Et la raison en est que, comme cette libéralité doit être confirmée par la mort du donateur, c'est à cette époque qu'il faut voir s'il est capable de donner. Au contraire, lorsque la donation à cause de mort s'a-

dresse au conjoint, elle n'est pas annulée par la condamnation du donateur à la déportation. Sans doute cette solution avait été dictée par les mêmes motifs d'humanité, qui avaient fait reconnaître la validité de la donation entre-vifs faite au conjoint en vue de cette condamnation. Elle est contenue dans un texte d'Ulpien, la loi 3, § 1, D., liv. XXIV, t. I. Un mari, après avoir fait une donation à cause de mort à sa femme, est condamné à la déportation : le jurisconsulte se demande quel sera le sort de cette libéralité? — Elle se trouve confirmée par la condamnation du mari comme s'il était mort; la femme deviendra immédiatement propriétaire. Pourtant le mari conserve le droit de révocation jusqu'à son décès; alors seulement la donation sera irrévocable; sans qu'il y ait à distinguer s'il est mort citoyen romain, ou étant toujours sous le coup de la sentence.

Cette décision d'Ulpien a semblé inadmissible aux anciens interprètes du droit romain. Cujas (*Obs.*, liv. III, ch. x), notamment, a prétendu que le texte avait dû être remanié par Tribonien, afin de le mettre d'accord avec une constitution de Constantin, la loi 24, C., 5, 16. Mais rien ne permet de porter cette accusation contre Tribonien, et il est plus probable que Constantin a étendu aux libéralités entre-vifs la solution déjà donnée par Ulpien pour les donations à cause de mort.

Pour résumer les caractères spéciaux de la dona-

tion à cause de mort entre époux, nous dirons : qu'elle est essentiellement révocable par la volonté du donateur; qu'elle est toujours soumise à la condition suspensive de la survie du donataire, se réalisant sans effet rétroactif, sauf intention contraire des parties formellement exprimée; que si elle porte sur une *res aliena* l'usucapion commence à courir immédiatement, ou seulement à l'arrivée de la condition, suivant que celle-ci s'accomplit avec ou sans rétroactivité; enfin que la *media capitis deminutio* du donateur n'entraîne pas la caducité de la donation.

CHAPITRE III

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX CONFIRMÉES COMME DONATIONS A CAUSE DE MORT EN VERTU DU SÉNATUS-CONSULTE DE CARACALLA

Nous avons terminé l'étude des donations entre époux, qui dès l'origine ont été faites *mortis causa*; mais à côté, un sénatus-consulte de l'an 206 est venu établir une catégorie toute nouvelle de donations à cause de mort.

Ce sénatus-consulte fut rendu sur la proposition de l'empereur Caracalla, du vivant de son père, Septime Sévère, avec lequel il partageait alors la puissance impériale (L. 32, pr. D., 24, 1). La pensée qui présida à sa rédaction fut d'étendre le privilège dont jouissait seule jusqu'alors la donation à cause de mort, à toute libéralité faite par un des conjoints à l'autre, si le donateur mourait pendant le mariage sans l'avoir révoquée. D'après les principes antérieurement admis, l'époux avait fait, soit une donation *mortis causa* valable, soit une donation entre-vifs radicalement nulle.

N'était-ce pas là une sanction trop rigoureuse? On ne voulait pas que le donateur se dépouillât de son vivant; mais si la volonté de donner avait persévéré jusqu'à son décès, pourquoi ne pas la respecter? Sans doute il aurait pu confirmer sa libéralité par une disposition testamentaire expresse : mais le plus souvent c'était par oubli, ou par ignorance, qu'il avait négligé de consacrer une donation qui lui semblait parfaite, et il était vraiment cruel et injuste que ses héritiers dépouillent son conjoint du souvenir qu'il lui avait laissé. Telles sont au reste les considérations que renferme le sénatus-consulte (L. 32, § 2, D., 24, 1).

On supposait donc que le donateur avait voulu faire à son conjoint une donation à cause de mort, lors même qu'il n'aurait pas mentionné cette condition. En d'autres termes l'époux avait essayé de faire ce qui lui était interdit, et l'on admettait qu'il n'avait fait que ce qui lui était permis. Désormais les libéralités entre époux se trouvaient tacitement confirmées, par cela seul que le donateur mourait dans la même volonté et le mariage subsistant toujours.

Mais une question des plus controversées est celle de savoir si l'innovation du sénatus-consulte s'appliquait à toute donation entre-vifs, quel que soit le mode qui ait servi à la réaliser, ou seulement à la donation réalisée au moyen d'une tradition. Il est probable que les jurisconsultes romains étaient divisés sur la solution à donner ; mais il paraît certain que l'interpréta-



tion large, consacrée plus tard par les constitutions, était enseignée par Ulpien.

Dans plusieurs textes il déclare que ce sont toutes les donations antérieurement interdites entre époux, qui se trouvent confirmées grâce au sénatus-consulte (L. 32, § 1 et § 23 ; L. 33, D., 24, 1).

Mais dans un autre texte il nous apprend que Papinien était d'un avis opposé, et malheureusement il approuve cette interprétation (L. 23, *h. t.*).« Papinianus « recte putabat, orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere : denique si stipulanti spopondisset « uxori suæ, non putabat conveniri posse heredem « mariti, licet durante voluntate maritus decesserit. » Papinien ne pensait pas que le sénatus-consulte s'appliquât en dehors des donations *rerum*; notamment dans l'hypothèse d'un mari qui aurait fait une promesse à sa femme, il n'admettait pas que les héritiers du mari fussent tenus d'une obligation.

On pourrait soutenir que Papinien s'est attaché davantage à la lettre, et Ulpien à l'esprit du sénatus-consulte; mais comment expliquer le *recte putabat*? — Il n'est pas admissible qu'Ulpien ait partagé le sentiment de Papinien. Non seulement les textes précités sont formels, mais ce qui indique bien la présence des deux opinions, c'est que pour trancher les difficultés provenant de leur insertion au Digeste, Justinien rendit une constitution, la novelle 162, qui approuve la doctrine d'Ulpien.

Divers systèmes ont été proposés pour résoudre notre question.

Les uns distinguent deux sénatus-consultes : le premier appartiendrait à Sévère, et il n'aurait concerné que les donations *rerum*, c'est celui dont parle Papinien ; le second. rendu sous Caracalla, aurait généralisé en faveur des donations de tout genre le principe créé pour certaines ; c'est celui dont plus tard a parlé Ulpien. Mais sans insister sur ce qu'il y a de singulier à concevoir que dans un intervalle de quelques années deux sénatus-consultes aient été rendus sur un point de droit tout particulier, Ulpien caractérise le décret qu'il cite comme adoucissant la rigueur du droit ancien, ce qu'il n'aurait pu faire si cet adoucissement eût été déjà effectué en partie. D'après les renseignements qu'il fournit, on comprend que certains textes attribuent le sénatus-consulte tantôt à Sévère seul, alors chef de l'empire, tantôt à Caracalla qui présenta le décret au Sénat, comme associé à l'empire, tantôt aux deux empereurs conjointement.

D'autres font remarquer qu'Ulpien rapporte deux opinions différentes de Papinien, l'application du sénatus-consulte aux traditions, sa non application aux stipulations.

Peut-être approuvait-il seulement la première, et les rédacteurs des Pandectes ont-ils omis la réfutation de la seconde par suite de l'usage de donner la prépondérance à Papinien. Et même il est probable que le mot

recte a été ajouté par les compilateurs. Il serait peu naturel d'approuver la première proposition de Papinien, qui énonce une restriction dans la portée du sénatus-consulte, et de critiquer ensuite le développement de cette interprétation. Ulpien assimilait la donation réalisée par promesse à celle réalisée par tradition, il repoussait donc tout contraste entre elles, et désapprouvait complètement l'opinion de Papinien.

Pour terminer cette étude, il reste à constater que la donation, confirmée en vertu du sénatus-consulte, suivait absolument les mêmes règles que si l'époux avait dès le principe fait une donation *mortis causa*.

Tout d'abord la donation se trouvait par la force même des choses soumise à la condition suspensive du prédécès du donateur. Jusque-là elle était de nul effet, *nullius momenti*. Mais cette condition accomplie, les effets de la confirmation remontaient au jour de la donation. Jamais la volonté de rendre immédiatement son conjoint propriétaire ne se manifestait d'une manière plus claire que lorsque le disposant avait fait une donation entre-vifs.

De même la réduction de la loi Falcidie, introduite d'abord contre les legs, étendue par le sénatus-consulte Pégasien aux fidéicommis, et appliquée aux donations à cause de mort par une constitution des empereurs Septime Sévère et Antonin Caracalla, s'appliquait sans conteste à la donation validée par le prédécès du conjoint donateur (L. 32, § 1, D., 24, 1).

Encore au point de vue de la caducité, la donation entre époux confirmée par le sénatus-consulte de Caracalla s'identifie à la donation à cause de mort. Elle tombe soit par la survie du donateur, soit par son repentir exprès ou tacite.

La faculté de se repentir est absolue, c'est elle qui remplace l'ancienne garantie de la nullité. Les motifs, qui avaient fait considérer le droit de révocation comme étant de l'essence de la donation à cause de mort entre époux, se retrouvent ici avec la même force. Du reste, après avoir retiré à son conjoint le bénéfice de sa libéralité, l'époux donateur pouvait le lui restituer. On ne tenait compte que de son suprême désir (L. 32, § 3, D., 24, 1).

Le changement de volonté n'avait pas besoin d'être déclaré d'une manière expresse. Du moment qu'un fait révélait chez l'époux l'intention de révoquer sa libéralité. celle-ci se trouvait anéantie. C'est en ce sens qu'on interprétait une seconde donation, une vente, ou une aliénation quelconque de l'objet donné. Il en était de même du divorce : généralement il faisait tomber la donation ; mais si le donateur avait manifesté l'intention de maintenir sa libéralité, sa volonté était respectée (L. 32, § 10, D., 24, 1). Dès qu'il sera manifeste que le donateur s'est repenti de sa libéralité, ses héritiers pourront faire révoquer la donation. Seulement s'il y a doute, il devra être tranché en faveur de la donation (L. 32, § 4, D., 24, 1).

En dehors de toute révocation, la libéralité faite à un conjoint devenait caduque si le donateur lui survivait. Le donataire n'a jamais qu'un droit incertain, et dont la validité reste en suspens jusqu'à l'époque de la mort du donateur ; avant ce moment il ne peut pas transmettre à ses héritiers ses droits sur la chose donnée. C'est là le caractère essentiel de toute donation à cause de mort. Rien de plus facile que l'application de cette règle aux cas ordinaires, dans lesquels un intervalle de temps appréciable existe entre le décès du donateur et celui du donataire. Mais lorsque les deux conjoints périssent dans un même événement, sans qu'il soit possible de reconnaître qui a succombé le premier, la question de savoir aux héritiers duquel ira le bénéfice de la donation est des plus délicates. Cette question présente le même intérêt dans toute donation *mortis causa*, mais les textes se placent plus volontiers dans l'hypothèse de donations entre époux, et nous trouverons là une nouvelle occasion de montrer l'assimilation complète de la donation confirmée par le sénatus-consulte avec la donation à cause de mort.

Il s'agit de déterminer rigoureusement la condition de la validité de la donation : faut-il que le donateur prédécède, ou bien suffit-il qu'il ne survive pas au donataire? Au premier cas, les héritiers du donataire n'auront droit à la donation qu'en prouvant que leur auteur est mort le dernier. Au cas contraire, ce seront les héritiers du donateur qui auront à prouver que le

décès du disposant s'est produit après celui du bénéficiaire. Il est évident que la charge de la preuve équivaut ici à la déchéance du droit. En raison, il semble que l'on devrait répondre par une distinction : la propriété a-t-elle été immédiatement transférée au donataire? C'est aux héritiers du donateur, qui veulent déranger l'état de choses constitué, à prouver qu'ils en ont le droit. Le donateur est-il resté propriétaire jusqu'au moment de sa mort? C'est aux héritiers du donataire à établir que leur auteur a acquis le bénéfice de la libéralité. Or, la donation entre époux restant nulle, jusqu'au moment où elle est confirmée par la mort du donateur, on devrait décider que les héritiers du conjoint donataire ne pourraient se prévaloir de ses droits qu'en établissant qu'ils sont nés dans sa personne. Mais les jurisconsultes romains n'ont pas admis cette distinction, et ils ont décidé que la donation entre époux se trouverait confirmée, comme la donation à cause de mort entre étrangers, par le décès simultané des deux conjoints. C'est ce que nous dit Marcien (L. 26, D., liv. XXXIX, t. VI) ; et de même Ulpien dans la loi 32, § 14, D., liv. XXIV, t. I. Celui-ci s'appuie pour maintenir la donation sur les termes employés par le sénatus-consulte : « si prior vita decesserit, qui do« natum accepit » ; on ne peut pas dire que le donataire soit prédécédé, lorsque les deux conjoints disparaissent ensemble.

Dans le même texte, Ulpien examine l'hypothèse

de deux époux qui après s'être fait une donation mutuelle, tomberaient au même instant en captivité. Il distingue le cas où ils mourraient en captivité l'un après l'autre; et le cas où l'un des deux reviendrait à Rome. En se plaçant dans le premier, trois solutions se présentent : doit-on considérer l'époque de la captivité, l'assimiler au décès, et dire que les deux donations sont valables ? Faut-il au contraire les annuler, parce que le mariage se serait rompu du vivant des époux, d'après la présomption de révocation admise en cas de divorce? — S'attachera-t-on à l'ordre dans lequel arriveront les décès pour annuler la donation faite au prémourant? — C'est en faveur du premier parti qu'Ulpien se prononce; il applique ici la fiction de la loi Cornélia (L. 18, D., *De captiv. et postlim.*, 49, 15).

Mais si l'un des conjoints recouvre sa liberté, l'effet de la captivité se trouvera rétroactivement anéanti par suite du *jus postliminii*, la donation faite par son conjoint deviendra irrévocable, tandis que sa propre libéralité tombera; en définitive tout se passera comme si l'époux resté captif était prédécédé.

Ce n'était du reste pas là l'effet ordinaire de la *maxima capitis deminutio* subie par le conjoint donateur. Ulpien s'occupe de cette situation dans le § 6 de la loi 32 et donne une solution toute opposée. Si le donateur devient l'esclave d'un particulier, la donation ne sera pas définitive, mais anéantie. Pourtant la servitude est comparée à la mort, et si c'était le donataire

qui ait encouru l'esclavage, la donation tomberait comme s'il était prédécédé. Mais le donateur doit être capable au moment du décès puisqu'alors seulement la donation entre époux produit son effet. Ici la fiction de la loi Cornélia ne s'applique pas, et comme le donateur meurt esclave, il est tout naturel que la libéralité faite à son conjoint ne puisse pas se réaliser.

Si le donateur encourt l'esclavage de la peine, la solution sera la même. Et dans le § 7 de la loi 32, Ulpien nous apprend que si le donateur n'a échappé à la condamnation capitale que par le suicide, ou bien si sa mémoire est condamnée pour crime de haute trahison, les donations faites à son conjoint seront également caduques.

Des exceptions à ces rigueurs furent introduites par les empereurs. -- Adrien décida que les militaires condamnés à une peine capitale, pour un crime militaire, pourraient disposer de leurs biens par testament. Naturellement, cette faveur s'étendait aux donations qu'un militaire aurait faites à sa femme; celui qui est capable de faire un testament pouvant également faire une donation à cause de mort.

Constantin, dans une constitution (L. 24, C. 5, 16) déclara les droits de l'époux supérieurs à ceux du fisc, en confirmant dans le cas d'esclavage de la peine, les donations que l'époux condamné aurait pu faire à son conjoint. Dorénavant la *maxima capitis deminutio* de l'époux donateur, loin d'anéantir les droits du dona-

taire, les rendait définitifs, comme s'il fût décédé naturellement.

C'est là une faveur qui s'applique également quand le donateur s'est suicidé pour éviter la condamnation capitale, ou quand sa mémoire a été condamnée pour crime de haute trahison. Malgré l'insertion au Digeste du texte précité d'Ulpien (L. 32, § 7, 24, 1), on ne voit aucune raison pour ne pas étendre l'innovation à ces deux situations particulières.

La même constitution s'occupe de la *media capitis deminutio* subie par le conjoint donateur, et elle consacre le système déjà admis à l'époque où la donation à cause de mort était seule permise aux époux. On se rappelle que les donations *mortis causa* subsistaient malgré la déportation de l'époux donateur.

De cet exposé nous pouvons conclure, que depuis le sénatus-consulte de Caracalla, la donation entre-vifs faite par un conjoint à son conjoint était assimilée à une donation à cause de mort.

RÉFORMES DE JUSTINIEN

Après avoir étudié cet adoucissement à l'ancien droit civil, il est intéressant de suivre sa destinée dans l'œuvre de réforme de Justinien. Ce prince fit rentrer la libéralité entre conjoints dans sa nature de donation entre-vifs. D'abord il décida qu'elle pourrait se former par

simple pacte, tandis que la donation *mortis causa* continuait d'exiger un acte juridique. Ensuite il la soumit à l'insinuation. Cette formalité avait-elle été remplie, ou bien était-elle inutile par suite de la modicité de la donation? La condition du prédécès du donateur une fois accomplie, la libéralité valait comme donation entre-vifs, avec effet rétroactif au jour de l'insinuation ou de la convention. Mais à défaut d'insinuation, la libéralité ne pouvait valoir, pour tout ce qui excédait le taux de cinq cents solides, qu'en vertu d'une confirmation testamentaire expresse. Dans ce cas, l'on revenait à l'état de choses antérieur au sénatus-consulte.

DROIT FRANÇAIS

DE LA COMBINAISON DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE DE DROIT COMMUN ET DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE SPÉCIALE AUX ÉPOUX

INTRODUCTION

Du droit de propriété découle le droit de disposer librement de ses biens, de les aliéner, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, par donation ou par legs. Mais en face de la toute-puissance du maître se dressent les obligations créées par les liens du sang. Les rapports à établir entre les droits du propriétaire et les devoirs du parent ont fait l'objet des préoccupations

constantes du législateur, et l'histoire de la réserve et de la quotité disponible est intimement liée à l'évolution accomplie dans les mœurs et les idées d'une nation. Le cadre restreint de cette étude ne nous permet pas de suivre les diverses phases de la lutte entre ces deux principes; il est intéressant néanmoins de noter qu'au sein même de la Constituante le droit de tester fut attaqué dans son essence comme contraire à l'égale répartition des fortunes; c'est en effet par le testament que se manifestent de préférence les sentiments de libéralité; on s'y montre d'autant plus généreux que l'on n'est pas soumis à un dessaisissement personnel. Le législateur moderne a obéi à d'autres inspirations, et il permet au droit de propriété de s'exercer librement, à moins que le droit de la famille ne soit trop impérieux pour être méconnu; c'est dans cet esprit qu'il a édicté deux règles distinctes pour fixer la quotité disponible : l'une détermine la portion de biens dont il pourra être disposé en faveur de toute personne, le conjoint excepté, l'autre limite spécialement les libéralités entre époux. Le Code renferme donc à cet égard une règle de droit commun et une règle d'exception. Si l'on pouvait toujours appliquer séparément l'une ou l'autre, il ne saurait se produire de difficultés bien sérieuses; pourtant nous verrons que des auteurs ont essayé de compléter la règle qui vise les rapports entre époux par des emprunts faits à celle qui limite les libéralités à l'égard de toute autre personne, et ont

ainsi jeté du trouble sur les solutions à donner. Mais où la question se complique singulièrement, c'est lorsque le disposant a fait des libéralités d'une part à son conjoint, et d'autre part à un tiers : quels sont les articles qu'il faut consulter pour savoir si la quotité disponible a été ou n'a pas été dépassée? C'est à la solution de ce problème qu'est spécialement consacrée cette modeste dissertation. L'hypothèse de beaucoup la plus délicate est celle où la quotité entre époux se trouve être supérieure au disponible ordinaire. Dans ce cas, on admet généralement que les deux quotités doivent concourir, et l'on tente de résoudre les difficultés qui résultent de ce concours au moyen de combinaisons plus ou moins compliquées. Nous essayerons de soutenir une théorie toute contraire. Nous nous efforcerons de démontrer qu'il n'y a pas de concours possible entre deux règles posées par le législateur pour deux cas bien distincts; que ce concours appliqué dans un cas qui a échappé à ses prévisions n'est pas autre chose qu'une création qui sort du domaine du jurisconsulte; qu'il faut appliquer à cette hypothèse l'une ou l'autre des deux règles; que, pour nous guider dans notre choix, nous n'avons qu'à nous rappeler un axiome juridique certain, à savoir que l'exception est de stricte interprétation, et que par suite les libéralités mixtes, c'est-à-dire s'adressant les unes à un étranger, les autres à un époux, doivent être soumises à la mesure de droit commun. Nous n'aurions

certes pas entrepris de combattre une doctrine enseignée par les jurisconsultes les plus éminents si la diversité la plus complète n'avait pas existé entre les systèmes qui se partagent leurs suffrages. Et, en effet, les partisans du concours des deux quotités disponibles, d'accord sur ce principe, sont si profondément divisés sur son application que, pour réfuter les arguments des uns, il suffit de présenter ceux des autres. De ces dissensions, il nous a semblé permis de conclure que la base même, fondement commun de toutes ces théories, est à repousser. Dès lors, à moins d'admettre que les deux quotités disponibles puissent être cumulées, ce qui conduirait le plus souvent à la suppression de la réserve, il fallait bien reconnaître que cette hypothèse devait être régie par les principes généraux de la matière.

Dans cette étude, il n'y a pas à faire de distinction entre le cas où l'époux sans enfants d'un précédent mariage a pu disposer en faveur de son conjoint de la quotité disponible établie par l'art. 1094 et celui où, ayant des enfants d'un précédent mariage, il n'a pu user que de celle établie par l'art. 1098. Cette dernière est toujours inférieure, ou tout au plus égale à la quotité de droit commun, et par suite l'intérêt principal de la discussion se trouve écarté. D'autre part, l'article 1098 n'est pas autre chose que l'art. 1094 modifié dans un sens restrictif par le besoin de protéger plus énergiquement les enfants contre un beau-père ou

une belle-mère que contre un père et une mère, et il est évident que les principes appliqués à la conciliation des art. 913 et 1094 s'appliquent *a fortiori* à la conciliation des art. 913 et 1098; il n'y a qu'à tenir compte en plus de la restriction apportée par ce dernier article ou disponible spécial.

CHAPITRE PREMIER

PARALLÈLE ENTRE LA QUOTITÉ DISPONIBLE DE DROIT COMMUN ET LA QUOTITÉ DISPONIBLE SPÉCIALE AUX ÉPOUX

L'expression même de quotité disponible démontre que certaines personnes n'ont pas l'absolue disposition de leur patrimoine puisque la loi détermine quelle part de biens elles pourront employer à leur guise. Et en effet, parmi les parents, certains ont des droits qui reposent sur des considérations tellement fortes, qu'il n'est pas permis à la volonté de l'homme de les anéantir. Les liens du sang doivent être respectés; il est naturel que les enfants succèdent à leurs ascendants, et si le père a la douleur de perdre son fils il est juste qu'il recueille une partie de sa succession. Mais s'il était prudent de mettre des bornes à la faculté de transmettre des biens, il fallait la conserver et lui laisser une certaine latitude : elle permettra de témoigner son affection, sa reconnaissance des services rendus; elle servira encore de sanction à l'autorité pater-

nelle, au gouvernement de la famille. Aussi dans le patrimoine deux parts sont faites : l'une soustraite à la volonté du propriétaire est réservée à ses héritiers privilégiés, l'autre est laissée à sa libre disposition.

C'est seulement en faveur des ascendants et des descendants que la loi limite à une certaine portion la faculté de disposer à titre gratuit. Les frères et sœurs ou neveux n'ont point de réserve, et ceci est d'autant plus curieux qu'ils sont préférés dans l'ordre de succession légitime aux ascendants autres que le père ou la mère.

De là naît la question de savoir si un aïeul en présence d'un frère et d'un légataire universel a droit à sa réserve. Il faut écarter tout d'abord une opinion qui accorderait à l'aïeul la réserve en sa seule qualité d'ascendant. Elle est en contradiction absolue avec ce principe bien certain, que le droit à la réserve est corrélatif du droit de succéder, et qu'il faut être héritier avant d'être réservataire. Mais, a-t-on dit, l'institution d'un légataire universel a la puissance d'écarter complètement le frère de la succession ; il n'a rien à prétendre, il n'a pas même la saisine aux termes de l'art. 1006 ; c'est donc en présence de l'ascendant que se trouve le légataire universel, et c'est à lui qu'il sera tenu de demander la délivrance des biens compris dans le testament, sous la déduction de la réserve , par application des art. 1004 et 915. Nous ne pensons pas que ce raisonnement soit exact ; malgré la présence

d'un légataire universel le frère reste héritier, et la preuve c'est que ce titre lui aurait permis d'attaquer le testament affecté d'un vice quelconque et de rentrer dans les biens légués. Il ne faudrait pas en conclure que le seul fait de l'existence d'un frère, au moment du décès, empêchât l'ascendant d'avoir droit à la réserve. Nous croyons, au contraire, que sa renonciation donnerait naissance à la réserve de l'ascendant. On objecte que la nature et le montant de la réserve doivent être réglés d'après la qualité des parents appelés à la succession au moment même du décès. C'est là une théorie qui est repoussée par la rédaction des articles 913 et 915 qui déterminent le montant de la portion disponible, et seulement par voie de conséquence la portion indisponible. Celle-ci forme la succession et sera déférée et dévolue suivant les principes du titre des successions. Or, d'après l'art. 785, l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier ; ainsi par suite de la renonciation du frère l'ascendant devient héritier, et il n'y a plus d'obstacle à ce qu'il retienne en cette qualité la portion de biens que la loi lui réserve. Nous avons réfuté à l'avance l'argument qui consisterait à soutenir que la renonciation du frère serait sans motifs. Il est vrai qu'il pourra, en quelque sorte, mettre aux enchères sa renonciation ou son acceptation. Pourtant s'il était démontré qu'il n'eût renoncé que moyennant un prix payé par l'ascendant, la fraude se trouverait déjouée, car une telle renonciation

n'est pas autre chose qu'une acceptation aux termes de l'art. 780. Sans doute il paraît singulier qu'il dépende du bon plaisir du frère de donner ou de ne pas donner ouverture à la réserve de l'ascendant ; mais c'est une conséquence de cette anomalie que le droit successif le plus faible est mieux protégé que le droit successif le plus fort.

Après avoir vu quelles personnes ont droit à une réserve, il nous faut examiner quel en est le montant. Comme il varie suivant la qualité des héritiens réservataires, occupons-nous d'abord de l'hypothèse où le défunt laisse des descendants. L'art. 913 prenant pour base le nombre des enfants décide que la quotité disponible sera : de la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime ; du tiers, s'il laisse deux enfants ; du quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. Ainsi la quotité disponible est égale à une part d'enfant, lorsqu'il n'y a pas plus de trois enfants, et elle est fixée invariablement au quart lorsqu'il y en a davantage. Le législateur a sans doute pensé que si l'on maintenait toujours une gradation proportionnelle entre la réserve et le nombre des enfants, la quotité disponible pourrait se trouver réduite à une quotité trop faible.

Lorsqu'à défaut de descendants la succession légitime est dévolue à des ascendants, la quotité disponible est réglée indépendamment de leur nombre. L'article 915 examine simplement s'il y en a dans les deux

lignes, ou dans l'une d'elles seulement. Si le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes paternelle et maternelle, la quotité disponible est fixée à la moitié des biens ; et aux trois quarts s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne.

Mais la quotité disponible que nous venons de déterminer ne s'applique qu'aux libéralités faites par le disposant au profit de toute autre personne que son époux, au profit d'un « étranger » suivant l'acception donnée à ce mot par le Code. La quotité disponible entre époux est réglée d'une manière spéciale par les art. 1094 et 1098. La loi considère ici et la personne du réservataire, et la personne du bénéficiaire, pour établir les limites particulières dans lesquelles elle autorise les dispositions entre époux. C'est là un trait des plus caractéristiques La réserve ordinaire, en effet, est instituée en considération des réservataires eux-mêmes, sans qu'on s'occupe de savoir à qui est attribuée la quotité disponible ; tandis que la réserve est ici déterminée non pas seulement par considération des réservataires, mais aussi par considération du bénéficiaire. On ne saurait trop insister sur ce point ; il montre bien l'intention du législateur de créer à l'époux une situation toute particulière, et nous aurons plus tard à tirer de cette proposition des conséquences importantes.

Du reste la quotité disponible entre époux est la même, que les dispositions aient été faites par contrat

de mariage ou pendant le mariage; à moins toutefois que l'époux disposant ne soit mineur. Par contrat de mariage l'époux mineur peut donner à son futur époux tout ce qu'il pourrait lui donner s'il était majeur, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. Pendant le mariage, au contraire, l'époux mineur ne peut disposer au profit de son conjoint que s'il est âgé de plus de seize ans, rien que par testament, et seulement de la moitié de ce qu'il pourrait lui léguer s'il était majeur. Il faut en pareil cas combiner les dispositions de l'art. 1094 avec celles de l'art. 904. La jurisprudence est dans ce sens (arrêt du 15 mars 1879 de la Cour d'Orléans; Dalloz, 79, 2, 121).

Le législateur fait encore une distinction suivant que les époux ont des enfants d'un précédent mariage ou bien qu'ils n'en ont pas. La première hypothèse est prévue par l'art. 1098 qui décide que le nouvel époux ne pourra recevoir qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens. L'art. 1094 règle la quotité de biens dont un époux, n'ayant pas d'enfants d'une précédente union, pourra disposer au profit de son conjoint. Dans cette situation trois cas sont à examiner. D'abord l'époux disposant peut n'avoir ni ascendants, ni enfants. Il peut alors disposer au profit de son conjoint de l'universalité de ses biens en pleine propriété, comme il pourrait en disposer au

profit d'un étranger. C'est ce qui résulte implicitement de l'art. 1094, qui n'établit pas pour ce cas une quotité disponible particulière aux époux. Au second cas, l'époux laisse des ascendants; il peut non seulement donner en propriété à son conjoint tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, mais en outre, l'usufruit de la totalité de la portion qui forme la réserve. Si donc, il laisse des ascendants dans l'une et l'autre ligne, il peut disposer au profit de son conjoint de la moitié de ses biens en pleine propriété, et de l'autre moitié en usufruit; et s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne, des trois quarts en propriété et d'un quart en usufruit. Nous trouvons là en faveur de l'époux une extension du disponible ordinaire. Mais ce qui peut paraître étrange, ç'est que cette augmentation porte sur l'usufruit de la réserve des ascendants. C'est ce qui faisait dire à M. de Malleville : « Il est vraiment dérisoire de renvoyer les ascendants, pour la jouissance de leur légitime, à la mort de leurs gendres ou brus, qui ont, ordinairement, de moins qu'eux, l'âge d'une génération. » Plusieurs jurisconsultes approuvent cette critique, qui nous semble juste, mais d'autres, et des plus autorisés, ont accepté l'explication de cette mesure donnée par le tribun Jaubert en ces termes : « Paraîtra-t-il trop rigoureux de priver les ascendants de l'usufruit de la réserve? c'est, en quelque sorte, ne laisser la réserve que pour leurs héritiers; mais c'est la faveur du mariage. Pourquoi la mort d'un

époux changerait-elle la position de l'autre, surtout pour des droits qui ne sont ouverts que par l'interversion du cours de la nature? » Mais si le législateur considérait l'interversion dans l'ordre probable des décès comme une raison suffisante pour priver un ascendant de la jouissance de sa réserve, pourquoi instituer cette même réserve ? Envisager le bénéfice qui en résultera non pas pour le réservataire, mais pour ses héritiers, est réellement singulier. Enfin la faveur du mariage, si grande qu'elle soit, ne suffit pas à expliquer un semblable oubli des devoirs de famille.

Pour priver l'ascendant de l'usufruit de sa réserve, il semble que l'époux devrait au moins manifester nettement sa volonté; c'est ce qu'avaient décidé la Cour d'Agen dans un arrêt du 28 novembre 1827 (Sirey, 1828, 2, 99) et la Cour de Bastia dans un arrêt du 12 janvier 1859 (Sirey, 1860, 2, 181). Mais la jurisprudence de la Cour de cassation s'est fixée en sens contraire : elle laisse aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour reconnaître quelle a été à cet égard la volonté du disposant (arrêt de rejet du 19 mars 1862; Sirey, 1862, 1, 1073). Pourtant la Cour de Toulouse dans un arrêt du 24 août 1868 (Dalloz, 1868, 2, 179) a déclaré que la généralité des termes de l'institution n'était pas suffisante pour produire cet effet.

Reste à savoir si l'époux auquel son conjoint fait donation de l'usufruit de la portion de biens réservée aux ascendants du donateur, peut être dispensé par

celui-ci de fournir caution. La solution affirmative paraît prévaloir en jurisprudence (2 février 1855; Rouen (Dalloz, 56, 2, 51); 21 mai 1859, Paris (Dalloz, 62, 1, 128). *Contra*, 23 février 1860, Orléans, arrêt cassé par la Cour suprême le 12 mars 1862 et renvoi à la Cour de Bourges qui rend le 16 décembre 1862 un arrêt conforme à la jurisprudence de la Cour suprême (Dalloz, 1863, 2, 16); 4 mars 1873, Cour de Nancy (Dalloz, 1874, 2, 148); mais elle est repoussée par la majorité des auteurs. — En faveur de la première opinion, on fait remarquer que l'art. 601 pose en principe que l'usufruitier doit donner caution de jouir en bon père de famille, mais qu'il peut en être dispensé par l'acte constitutif d'usufruit. Cette règle, dit-on, est générale et doit être appliquée dans tous les cas à moins d'une exception formelle. Or, l'art. 1094, tout en autorisant un époux à disposer au profit de son conjoint de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des ascendants, ne parle ni d'obligation, ni de dispense de fournir caution, et laisse par conséquent les époux sous l'application du droit commun à cet égard. Mais l'on répond, justement d'après nous, que pour pouvoir accorder la dispense de fournir caution, il faut pouvoir disposer de la chose soumise au droit d'usufruit. En effet, dispenser un usufruitier de fournir caution, c'est mettre la nue propriété à sa disposition, et il est évident qu'on ne peut exposer à une ruine partielle ou même totale que les

biens dont on a la libre disposition. Dans l'hypothèse où d'après l'art. 1094 l'usufruit de l'époux porte sur les biens qui font partie de la réserve légale, la dispense de fournir caution n'est donc pas valable.

Pour le cas où l'époux donateur laisse des enfants, l'art. 1094 décide qu'il pourra donner à l'autre époux, ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. La quotité ainsi déterminée d'une manière fixe indépendamment du nombre des enfants, se trouve tantôt plus forte, tantôt plus faible que la quotité disponible ordinaire de l'art. 913 : plus faible, s'il n'y a qu'un enfant, puisque de droit commun elle est de moitié et qu'ici elle est seulement d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit ou de la moitié en usufruit ; plus forte ou plus faible s'il y a deux enfants, suivant la valeur attribuée en fait à un quart en usufruit. Il n'est pas possible en effet de déclarer *a priori* qu'un tiers en propriété est supérieur ou inférieur à un quart en propriété et un quart en usufruit ; la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement qui estime l'usufruit moitié moins que la pleine propriété ne saurait imposer son évaluation en dehors des matières fiscales.

En fixant une quotité disponible spéciale entre époux, le législateur a obéi à une double préoccupation. D'une part, il a voulu fournir au conjoint prémourant les moyens d'assurer à l'époux survivant une situation qui lui permette de conserver dans son veuvage

les mêmes habitudes d'existence qu'ils ont eues ensemble dans leur union. Mais d'autre part, il a craint qu'entraîné par l'affection conjugale l'époux ne se laissât porter à des libéralités excessives, hors de proportion avec les besoins personnels de son conjoint, libéralités que jamais il ne consentirait à faire au détriment de ses enfants à un étranger.

Pour ces motifs, il nous semble certain que les donations entre époux devront toujours se renfermer dans les limites du disponible qui leur est affecté lors même que le disponible ordinaire serait plus considérable; ce qui arrivera notamment, avons-nous dit, dans le cas où le disposant laisse un seul enfant. Pourtant l'opinion contraire est soutenue par des jurisconsultes des plus autorisés. Ils présentent les arguments suivants tirés de la philosophie du droit, des textes et des travaux préparatoires.

a. En raison, disent-ils, l'art. 1094 doit être extensif ou restrictif; la qualité d'époux ne peut être considérée à la fois comme un titre de faveur et comme un titre de méfiance. C'est cependant là ce que prétend la doctrine qui regarde comme fixe et invariable la quotité entre époux; et par surcroît d'inconséquence, c'est lorsque les enfants sont nombreux qu'elle accorde un effet extensif. Aussi à quels résultats aboutit-elle? Plus la réserve des enfants serait modique, plus l'époux serait favorisé; quand l'enfant ne recevrait qu'un quart, un cinquième, un sixième, l'époux pourrait re-

cevoir une part plus large; quand il n'y aurait qu'un enfant absorbant déjà la moitié pour sa réserve, l'époux serait plus mal traité! Il n'est pas admissible que le législateur soit tombé dans une pareille contradiction; il a dû choisir entre les deux systèmes inconciliables, et tout démontre que sa pensée a été de favoriser les dons entre époux. En effet, la quotité disponible en faveur de son époux, très souvent supérieure à la quotité disponible en faveur de l'étranger, lui est toujours égale, sauf dans un cas unique, celui où l'enfant a la réserve la plus considérable; et on ne peut vraiment pas soutenir que ce soit précisément là la seule hypothèse où elle doive lui être inférieure.

b. Du reste, les textes montrent bien que l'art. 1094 ne déroge à l'art. 913 que dans le sens extensif. La formule qu'il emploie est facultative et non restrictive: l'époux pourra donner, et non pas, l'époux ne pourra donner que... Or, dans les articles où la loi a voulu renfermer la quotité disponible dans des limites infranchissables, elle s'est exprimée autrement et a employé la formule négative et coercitive au lieu de la formule affirmative et permissive. D'autre part, en matière de donation la capacité est la règle, l'art. 902 le dit formellement. D'où la conséquence qu'une libéralité doit être maintenue, alors qu'on ne rencontre pas une prohibition dans la loi. Or, aucun texte ne déclare l'époux incapable de recevoir de son époux la quotité disponible ordinaire de l'art. 913.

c. Enfin les travaux législatifs préparatoires expliquent le sens des dispositions du Code consacrées à la fixation de la réserve et du disponible. Le premier projet sur le titre des donations contenait un art. 16 devenu l'art. 913, qui fixait invariablement en présence d'enfants la quotité disponible ordinaire au quart en propriété, et un art. 151, devenu l'art. 1094, qui pour le même cas établissait entre époux une quotité également invariable d'un quart en propriété et un quart en usufruit. Si l'on rapproche ces deux art. 16 et 151, on voit que dans tous les cas possibles la quotité disponible entre époux était supérieure à la quotité disponible ordinaire. Il est vrai qu'ensuite le Conseil d'État adopta un amendement de Cambacérès, qui abandonnant le système proposé par l'art. 16 du premier projet, formulait celui qui se trouve dans l'art. 913 actuel; c'est-à-dire que la quotité disponible au lieu de demeurer invariable a été déterminée en raison du nombre des enfants. Mais l'art. 151 du premier projet resta le même et devint l'art. 1094, sauf la substitution du mot *pourra* au mot *peut.* Il ne résulte certainement pas de ce changement sur l'art. 913 que l'art. 1094 ait perdu son propre caractère pour devenir restrictif; il a été maintenu dans le même esprit de faveur pour l'époux, et la quotité disponible à son profit, qui devait en principe toujours être supérieure à la quotité disponible ordinaire, doit encore lui être au moins égale. Au surplus, quelques jours après l'adoption du principe de l'ar-

ticle 913, et quelques instants après l'adoption de l'article 1094, des paroles prononcées par M. Berlier dans la discussion sur l'art. 1098 prouvent qu'on considérait l'époux comme pouvant recevoir autant qu'un étranger quand il ne restait qu'un enfant du mariage. C'est sur ses observations qu'on ajouta les mots : sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens; « car, disait-il, s'il n'y avait qu'un enfant ou deux du premier mariage et point du second, le nouvel époux pourrait, en partageant avec eux, avoir la moitié ou le tiers de la succession. »

Ces arguments n'ont pas paru déterminants à la majorité des auteurs. La jurisprudence est également fixée en sens contraire (arrêts de rejet de la Cour de cassation du 3 déc. 1844; Dalloz, 45, 1, 43, et du 4 janvier 1869, Dalloz, 69, 1, 10). Et c'est justement à notre avis. En effet, reprenons les objections présentées par l'opinion contraire, et nous verrons qu'on peut facilement les réfuter.

a'. En ce qui concerne la raison philosophique de la loi, nous avons déjà exposé les motifs qui ont dû déterminer le législateur à établir une quotité disponible entre époux fixe, et par suite tantôt extensive, tantôt restrictive de la quotité de droit commun. Un père ne donnera pas une grande partie de sa fortune à un étranger à moins de raisons graves; une tendresse excessive peut suffire à lui faire prendre une semblable mesure en faveur de son conjoint; voilà pourquoi la loi est res-

trictive dans certains cas quant à la disponibilité entre époux. *Lex arctius prohibet quod facilius fieri putat.* Si d'autres fois l'époux peut recevoir plus que toute autre personne, c'est que la part qui peut lui être attribuée doit être suffisante pour lui permettre de vivre honorablement dans le veuvage. Pour régler la quotité disponible spéciale de l'art. 1094, le législateur s'est placé à un autre point de vue que pour le règlement de la quotité disponible de l'art. 913; pour celle-ci, il ne s'occupe que de l'intérêt des enfants auxquels il attribue la réserve, tandis que pour l'autre il tient compte de la qualité de l'époux gratifié; il s'agit d'assurer au survivant les moyens de continuer de mener une existence convenable. Or, les besoins de l'époux sont les mêmes, quel que soit le nombre des enfants; si on lui accorde la fraction nécessaire pour assurer sa subsistance lors même que le disponible ordinaire est inférieur, il n'y a pas de raison pour qu'elle augmente quand diminue le nombre des enfants.

b'. Si l'on passe au texte de l'art. 1094, il est vrai que la formule qu'il emploie ne semble pas prohibitive, mais il contient une restriction implicite par la nature de sa disposition. Constater que l'époux pourra disposer jusqu'à une certaine limite, n'est-ce pas établir l'indisponibilité au delà? De plus, l'art. 1099 qui sert de sanction à l'art. 1094, contient la restriction qui manquerait à ce dernier. Enfin, on peut remarquer que la formule prohibitive aurait pu donner naissance à une

objection du même genre, en sens inverse, que celle fournie par la rédaction actuelle. On aurait bien été obligé d'admettre que l'art. 1094 fixait un maximum que le disponible entre époux ne pourrait jamais dépasser; mais on aurait pu soutenir qu'il ne devrait pas l'atteindre dans le cas où le disponible de l'art. 913 lui serait inférieur. Le droit commun se trouve dans l'article 913, aurait-on pu dire, c'est donc le disponible qu'il détermine qu'il faut appliquer toutes les fois qu'une disposition législative n'y a pas formellement dérogé ; or l'art. 1094 fixe un maximum moindre que l'ordinaire, on doit s'incliner devant le texte, mais il ne fixe pas de minimum, par conséquent les limites de l'art. 913 ne devront jamais être dépassées. Ainsi, la difficulté au lieu d'être résolue n'aurait été que déplacée.

Quant à l'argument tiré de l'art. 902, et qui consiste à dire que l'époux n'en étant déclaré incapable par aucun texte doit pouvoir recueillir le disponible ordinaire, il suffit de faire remarquer qu'il ne s'agit pas ici d'une question d'incapacité, mais bien d'une question d'indisponibilité.

Non seulement les textes ne sont pas défavorables, mais au contraire on doit reconnaître que dans le chapitre IX intitulé : « Des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, » le législateur a voulu régler d'une manière spéciale et complète tout ce qui regarde les dispositions entre

époux. La rubrique s'en trouve en effet confirmée par deux articles qu'il renferme, et dont l'un, l'art. 1091, porte que les époux pourront se faire telle donation qu'ils jugeront à propos sous les modifications ci-après exprimées; et l'autre, l'art. 1099, que les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. Il en résulte que la quotité dont les conjoints peuvent disposer à l'égard l'un de l'autre est déterminée d'une manière fixe par l'art. 1094, et qu'on ne peut emprunter leurs limites à des dispositions étrangères à la matière des donations entre époux.

c'. Cherchant dans les travaux préparatoires du Code l'intention du législateur, nos adversaires remarquent que l'art. 1094 qui, dans l'origine, donnait toujours plus à l'époux qu'à l'étranger, n'a pas changé; et ils en concluent qu'il établit, encore maintenant, dans tous les cas, une disponibilité plus étendue. Mais de ce que dans le premier projet l'époux pouvait avoir plus qu'un étranger, il ne s'ensuit nullement que le législateur ait entendu qu'il en dût être de même quels que fussent les changements ultérieurs, et quelque augmentation que pût recevoir la quotité disponible entre étrangers. La preuve, c'est que la section de législation du Tribunat avait rédigé une observation tendant à mettre l'art. 1094 en harmonie avec l'art. 913, et que cet amendement fut repoussé par le Conseil d'Etat. Dans la doctrine contraire, il est vrai, on interprète le

refus, en ce sens que la proposition n'aurait pas été rejetée comme mauvaise, mais comme inutile. Pourtant les meilleurs juges de cette intention sont sans doute les orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunat; or, voici ce qu'on lit dans les discours de MM. Bigot-Préameneu et Jaubert présentant la loi au Corps législatif : « L'époux *ne pourra* donc être autorisé, dit le premier, à laisser à l'autre époux qu'une partie de sa fortune, et cette quotité est *fixée* à un quart de tous ses biens en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de la totalité en usufruit. Après avoir ainsi *borné* la faculté de disposer, il ne restait plus, etc... » Ainsi, d'après l'orateur du gouvernement, l'art. 1094 a borné la faculté de disposer en faveur de son conjoint à une quotité fixe que l'époux ne pourra pas dépasser. L'orateur du Tribunat n'est pas moins explicite, il déclare que : « s'il reste des enfants, l'époux survivant *ne peut avoir* qu'un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous les biens en usufruit seulement; et que si la disposition avait excédé ces bornes, elle serait réduite proportionnellement. » Après ces déclarations il importe peu que Berlier, en discutant l'art. 1098, c'est-à-dire à propos d'une autre hypothèse, ait interprété l'art. 1094 dans le sens extensif.

Certains, pour récuser l'autorité de ces discours, ont fait remarquer qu'ils prévoient le cas où l'époux laisse *des* enfants, et non celui où il laisse *un* enfant.

Une pareille subtilité ne saurait être considérée comme une objection sérieuse. Si les orateurs avaient voulu établir une quotité différente pour tel ou tel cas particulier, ils s'en seraient exprimés, tandis qu'en employant le terme générique « des enfants » ils ont clairement montré que leurs paroles s'appliquaient à toutes les hypothèses.

Après avoir exposé les deux opinions contradictoires, nous pouvons donc conclure que l'art. 1094 détermine entre les époux une quotité disponible spéciale, toujours invariable.

On peut se demander si la limitation au quart en propriété et au quart en usufruit, ou à la moitié en usufruit seulement, est applicable au cas où l'époux laisse seulement des enfants naturels reconnus.

Dalloz (t. XVI, n° 858) décide que dans cette hypothèse le don de la portion disponible fait au conjoint ne pourra être réduit qu'à la moitié de la succession, comme si le donataire eût été un étranger. Il ne donne à l'appui de cette théorie aucune raison. Est-ce parce qu'elle lui paraît évidente? Du reste, la jurisprudence est dans ce sens (arrêt de la chambre des requêtes du 12 juin 1866; Dalloz, 66, 1, 484. 7 mai 1879; Grenoble, Dalloz, 80, 2, 256). Quoi qu'il en soit, nous allons essayer de démontrer que la solution contraire est plus juridique. — Tout d'abord, pour que la question puisse se soulever, il faut reconnaître avec la jurisprudence et la grande majorité des auteurs que l'enfant

naturel légalement reconnu a droit à une réserve; nous ne pouvons ici que rappeler que l'art. 761 suppose nécessairement l'existence d'une réserve à son profit, et que l'art. 757 contient à la fois le principe même de cette réserve et une base permettant d'en déterminer le montant. — Ceci admis, il faut établir une distinction suivant que la reconnaissance a été faite avant ou pendant le mariage.

Supposons qu'elle lui soit antérieure; elle est pleinement opposable au conjoint, et il ne s'agit que de déterminer les droits qui en résultent pour l'enfant. Pour cela, il faudra rechercher quelle aurait été la réserve de l'enfant naturel, s'il eût été légitime, et lui en attribuer une part qui variera suivant la qualité des parents légitimes avec lesquels il se trouvera en concours. Elle sera de la moitié, s'il est en présence d'ascendants ou de frères, sœurs, ou descendants d'eux. Il est vrai que l'art. 757 parle seulement des frères et sœurs, mais il ne serait pas raisonnable de refuser ici à leurs descendants une prérogative qui leur est accordée en cas de succession régulière. C'est en vue de faire concorder la législation en ces matières que le Conseil d'Etat adopta un amendement tendant à mettre les frères et sœurs sur la même ligne que les ascendants, et sa pensée n'a certainement pas été de laisser subsister une pareille inconséquence. Elle sera des trois quarts si l'enfant naturel est en concours avec des collatéraux ordinaires, et de la totalité s'il ne se

trouve en présence d'aucun parent au degré successible. L'on aura encore à examiner si les héritiers légitimes acceptent ou renoncent, et l'on devra donner la même solution que nous avons précédemment indiquée pour le cas où un légataire universel se présente en même temps qu'un frère et un ascendant. De ce rapide examen des diverses circonstances qui peuvent modifier les situations respectives de l'époux donataire et de l'enfant naturel, il résulte que c'est surtout lorsqu'il n'y a point de parent au degré successible, ou bien que ceux venant en ordre utile ont renoncé, qu'il y a un intérêt à savoir si la limitation établie par l'art. 1094 existe en faveur de l'enfant naturel; dans l'une et l'autre hypothèse, en effet, la réserve est la même, que l'enfant soit naturel ou légitime. Pour démontrer que le conjoint doit être réduit à la quotité spéciale aux époux, nous ferons remarquer que le texte de l'article 1094, loin de s'opposer à cette manière de voir lui est tout à fait favorable; il parle d'enfants ou descendants sans spécifier s'ils sont ou non légitimes, et ce langage est d'autant plus probant que l'art. 913 détermine au contraire la quotité disponible ordinaire en ne parlant que des enfants légitimes. D'autre part, le législateur a restreint dans de plus étroites limites le disponible entre époux, de crainte que l'influence conjugale ne pousse un père à dépouiller trop facilement ses enfants, et certainement ses appréhensions se trouvent ici encore plus justifiées. — Si on nous ob-

jecte que l'esprit du Code est de restreindre les droits des enfants naturels, puisqu'il autorise le père à les réduire à la moitié de leur part successorale, nous répondrons que cette réduction est subordonnée à certaines conditions particulières, et qu'il n'est pas permis d'arriver à un résultat analogue sans les avoir remplies. Enfin, nous avons établi que les dispositions ayant trait aux libéralités entre époux forment un tout homogène qui se suffit à lui-même sans qu'il y ait à faire d'emprunt aux règles posées dans toute autre matière.

Si la reconnaissance a été faite pendant le mariage par l'époux défunt au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant son mariage d'un autre que de son époux, l'art. 337 décide que la reconnaissance ne doit pas nuire au conjoint. Il semble donc que l'enfant naturel ne pourra pas faire réduire les libéralités faites à l'autre époux par l'auteur de sa reconnaissance même pour obtenir sa réserve. Pourtant il faut admettre que les droits de l'époux auxquels la reconnaissance ne peut pas nuire sont ceux qui lui appartiennent en cette qualité, soit d'après les dispositions de la loi, soit d'après les clauses du contrat de mariage, et non ceux qui peuvent lui appartenir à un autre titre, tel que celui de légataire ou de donataire. Cette hypothèse sera donc régie par les mêmes principes que la précédente.

De ce que la quotité disponible entre époux est déterminée d'une manière invariable au quart en propriété et au quart en usufruit, ou à la moitié en usu

fruit seulement, il résulte que si en concours avec des enfants légitimes se présentent des enfants naturels, leur réserve se prélèvera uniquement sur celle des héritiers légitimes. Effectivement, pour savoir quelle partie de la succession est grevée de la réserve de l'enfant naturel, on procède comme si celui-ci était transformé en enfant légitime. Or, le disponible spécial au conjoint étant fixe, un enfant légitime en plus diminue simplement la part de ses frères et sœurs; il en sera de même d'un enfant naturel, et il n'y aura de différence que dans la part qu'il recueillera; il n'obtiendra que le tiers de ce qu'il aurait pris s'il eût été légitime.

Quand l'époux donateur laisse des enfants, il peut donc donner à son conjoint ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. L'alternative laissée par le Code a paru si étrange qu'on avait prétendu que par le quart en propriété il fallait entendre le quart en nue propriété. Un quart en toute propriété, disait-on, et un quart en usufruit font la moitié en usufruit plus un quart en nue propriété, et une disposition de la loi serait bien inutile pour proclamer qu'on peut le moins quand on peut le plus. Mais cette interprétation n'est pas admissible. Il est certain, en effet, que dans le premier alinéa de l'art. 1094 le mot « propriété » doit s'entendre de la pleine propriété. Or, on ne saurait admettre qu'il a été employé dans un sens différent dans le second alinéa; le législateur n'a pas pu attacher au même

mot dans le même article, deux acceptations différentes.

Mais il ne faut pas l'accuser d'avoir édicté une règle insignifiante; elle a pour but de proscrire tout calcul qui tendrait à donner au conjoint plus de la moitié en usufruit en remplaçant par une fraction quelconque d usufruit, le quart de nue propriété qu'on aurait pu lui donner et qu'on ne lui donnait pas. L'art. 1094 établit donc deux quotités disponibles distinctes : l'une pour partie en propriété et pour partie en usufruit; l'autre tout entière en usufruit seulement. Ne permettre que dans les mêmes limites la disposition soit en propriété, soit en usufruit, était un principe admis dans les premiers projets sur la quotité disponible en général. Le premier projet du Code de l'an VIII renfermait un art. 17 qui limitait la quotité disponible en faveur d'un étranger au quart en usufruit aussi bien qu'au quart en propriété, et un art. 151 qui appliquait la même règle à la quotité spéciale aux époux. Les principes sur la quotité disponible ordinaire ont été complètement modifiés, et l'art. 17 remplacé par l'art. 917, mais l'art. 1094 est resté ce qu'était l'article 151 dans le projet primitif, et par conséquent le Code a consacré, entre époux, la double règle qu'il avait d'abord voulu généraliser : l'invariabilité du disponible, et l'égalité du disponible en jouissance au disponible en propriété.

Par suite de la disposition de l'art. 1094 qui fixe les limites extrêmes que pourront atteindre les donations

ou les legs en usufruit, la réduction de ces libéralités quand elles sont excessives est simple et facile. Il n'y a pas besoin de recourir à un calcul sur la valeur comparée de l'usufruit et de la propriété, et les motifs de l'art. 917 ne se trouvant plus, on en doit écarter l'application. Le choix qu'il offre au réservataire, soit d'exécuter la disposition en usufruit qui dépasse la quotité disponible en propriété, soit d'abandonner toute la quotité disponible en propriété, présente l'avantage de prévenir la nécessité d'évaluations toujours incertaines ; mais un tel système ne se comprend plus lorsque le législateur a lui-même fixé la quotité disponible en usufruit. Et même il ne pourrait que détruire l'harmonie des dispositions de l'art. 1094 en supprimant l'alternative que la loi établit entre ces deux quotités disponibles différentes, et il rendrait tout à fait vides de sens les mots : ou la moitié de ses biens en usufruit seulement. Du reste, il ne faut pas s'étonner de cette différence entre l'époux et l'étranger ; elle provient toujours des mêmes préoccupations qui ont déterminé le législateur à régler d'une manière spéciale la quotité disponible entre époux. Il a considéré que l'époux qui dispose au profit de son conjoint a très souvent la volonté fermement arrêtée de ne faire ses libéralités qu'en usufruit ; mais qu'il est aussi porté à les étendre au delà des justes limites. Il a donc jugé nécessaire d'assurer au moins aux enfants la jouissance de la moitié des biens, et il n'a pas voulu

les mettre dans la nécessité d'abandonner à tout jamais une part de la propriété, contrairement à la volonté même du disposant, ou de consentir à supporter sans réduction les effets d'une libéralité en usufruit supérieure à la moitié du patrimoine.

Si la disposition est faite en rente viagère, les motifs de décider étant identiques, la solution doit être la même. Il s'agit de réserver dans tous les cas aux enfants une somme suffisante de revenus; or, il importerait peu qu'elle leur fût enlevée par une rente viagère ou par un usufruit. Ainsi l'époux a-t-il donné à son conjoint l'usufruit de moitié de ses biens, plus une rente viagère? Cette disposition serait réductible à l'usufruit de la moitié comme s'il avait donné l'usufruit des trois quarts. A-t-il donné une rente viagère seule? Il faudra comparer les arrérages de cette rente aux revenus de la moitié des biens, et s'ils leur sont supérieurs les réduire jusqu'à concurrence de cette moitié; s'ils sont égaux ou inférieurs ils devront être servis par les enfants. Mais il faut remarquer qu'ils seront susceptibles de réduction chaque année, si l'héritier démontre que le revenu des biens a diminué et qu'il est insuffisant pour les acquitter.

La théorie que nous venons d'exposer, enseignée par les jurisconsultes les plus autorisés, est naturellement repoussée par ceux qui prétendent que le bénéfice de l'art. 917 est général. Mais elle est aussi combattue par certains auteurs qui reconnaissent pourtant

que l'art. 917 ne doit pas s'appliquer aux libéralités faites en usufruit par un époux à son conjoint, sous prétexte que l'art. 1094 ne parle pas des rentes viagères. Les uns veulent purement et simplement appliquer à cette nature de dispositions le principe de l'art. 917; ils ne remarquent sans doute pas que cette solution prise en dehors de notre chapitre constitue un emprunt tout à fait contraire à l'esprit du Code. D'autres pensent qu'il faut, tout en conservant à la rente son caractère viager, l'estimer et la réduire par comparaison au disponible le plus fort; ils décident par raison d'analogie avec l'art. 917 que l'héritier réservataire qui veut se soustraire à l'exécution de la volonté du défunt doit abandonner à l'époux donataire ou légataire tout ce qui aurait pu lui être donné ou légué; mais ils conviennent que la disposition de rente viagère, appartenant à celle des deux quotités disponibles que l'article 1094 détermine en viager, ne peut pas être convertie en une disposition de la quotité disponible en perpétuel. Ainsi, d'après eux, il faudrait accorder à l'époux une rente viagère représentant la valeur d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit. Il y a évidemment là une contradiction; on ne peut pas, d'une part réduire la rente viagère d'après la valeur de la quotité disponible en perpétuel, et d'autre part lui conserver son caractère de disposition en viager; il faut lui appliquer l'une ou l'autre quotité disponible.

De cette estimation il pourrait du reste résulter que

la rente absorbât au delà de la moitié du revenu des biens, et les enfants n'auraient plus en jouissance la part que la loi a voulu avant tout leur assurer.

Le disponible entre époux comprenant deux quotités distinctes, on pourra se demander laquelle le disposant a entendu donner lorsqu'il aura gratifié son conjoint de tout ce dont il peut disposer en sa faveur. C'est là une question d'intention, souvent résolue par les termes employés; mais en l'absence de toute circonstance particulière le conjoint a droit au plus fort disponible, le sens de la formule indiquée ou de toute autre équivalente étant surtout extensif. La jurisprudence est dans ce sens (18 mai 76, Cour de Rouen; Dalloz, 1878, 2, 110. — 2 août 82, Cour de Liège; Dalloz, 1883, 2, 222).

Mais si l'époux avait reproduit lui-même, dans sa disposition, les termes de l'art. 1094, il y aurait une dette alternative, dans laquelle le choix, s'il n'a pas été réservé au créancier, appartient au débiteur, ici les enfants réservataires. Du reste c'est là une disposition mal conçue, alternative en apparence, elle est réellement pure et simple; un choix entre deux quotités de différente nature, mais dont l'une est plus considérable que l'autre, sera bientôt fait par celui à qui il appartiendra; il est évident que le débiteur choisira toujours la plus faible, et le créancier la plus forte.

Nous avons terminé l'étude des caractères qui distinguent la quotité propre au conjoint de la quotité de

droit commun; nous espérons qu'après avoir mis en parallèle les traits les plus saillants de chaque disponible, il nous sera permis de conclure que le Code renferme pour les libéralités entre époux un système spécial et complet.

CHAPITRE II

DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE AU CAS DE LIBÉRALITÉS FAITES PAR UN ÉPOUX, LES UNES A SON CONJOINT, LES AUTRES A UN ÉTRANGER

Après avoir rapproché des principes qui gouvernent le disponible de droit commun les règles spéciales au disponible entre époux, il est tout naturel de se demander comment les dispositions en faveur d'un conjoint pourront se combiner avec les libéralités faites à un étranger. Le Code ne prévoit pas cette hypothèse. Y a-t-il lacune dans la loi ? Il est difficile de ne pas reconnaître qu'un texte rendrait un grand service à l'interprète. Mais à son défaut, il est indispensable de recourir aux principes généraux. Or, nous avons établi que les art. 913 et 915 fixaient le disponible ordinaire et les art. 1094 et 1098 un disponible tout particulier aux époux ; le premier est le disponible de droit commun, le second le disponible d'exception ; lequel doit être appliqué à un cas resté en dehors des prévisions du législateur ? Poser ainsi la question n'est-ce pas la résoudre ?

Est-il un principe juridique plus certain que celui exprimé par le brocard latin : *exceptio est strictissimæ interpretationis* ? Peut-on hésiter à choisir entre les deux termes d'une semblable alternative ? Nous ne le pensons pas, et pour notre compte nous croyons fermement que les libéralités mixtes devront être soumises aux limites de la quotité normale. Comment se fait-il que la plupart des jurisconsultes, et les plus éminents, aient repoussé cette doctrine ? Peut-être n'ont-ils pas voulu dégager suffisamment le caractère tout nouveau de notre hypothèse. Ils l'ont considérée comme une simple complication du système posé par le Code pour les dispositions entre époux, et ils se sont efforcés à la faire rentrer dans ce système au moyen des combinaisons les plus ingénieuses, mais aussi les plus variées. Leur théorie commune, abstraction faite des divergences d'opinions sur la manière de l'appliquer, peut se résumer ainsi : le Code a institué une quotité disponible à l'égard des étrangers, et une quotité disponible à l'égard des époux ; lorsqu'on se trouve en présence de libéralités faites par la même personne à un tiers et à son conjoint, il faut combiner les deux quotités et appliquer à chaque donataire les règles du disponible qui lui est propre. — Mais au préalable, il s'agit d'établir que dans l'hypothèse de dispositions mixtes les deux quotités subsistent, et c'est justement là un point qui n'a sans doute pas attiré l'attention de nos adversaires. La quotité spéciale édictée par l'art. 1094 est sans con-

teste une quotité de faveur, elle ne peut donc pas être étendue au delà du cadre précis dans lequel l'a renfermée le législateur; et les termes de la loi indiquent assez clairement que ce disponible n'existe que si l'époux est seul donataire; comment s'exprime-t-elle? « L'époux pourra disposer en faveur de l'autre époux en propriété de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et en outre de l'usufruit de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers. » Est-il possible de désigner d'une façon plus nette que, dans sa pensée, l'époux est l'unique donataire? Il aura tout ce qu'on peut donner à un étranger et quelque chose en plus; que resterait-il donc pour un tiers? Et qu'on ne dise pas que les expressions du Code ne s'appliquent qu'aux ascendants. Ascendants ou descendants, ne s'agit-il pas toujours de la réserve? N'est-ce pas la même disposition, le même droit? N'est-il pas vrai qu'une seule chose est changée, la quotité de ce droit? Et si à l'égard des ascendants la loi décide expressément que le privilège de l'époux ne peut être communiqué aux étrangers, elle le décide par là même implicitement à l'égard des descendants. Ainsi, du moment que les libéralités ne s'adressent pas exclusivement au conjoint, la lettre du texte leur refuse le bénéfice du disponible spécial aux époux. L'esprit du Code confirme cette interprétation; la quotité réservée au conjoint a été fixée en considération de sa personne; si cette quotité ne lui est pas absolument

attribuée, elle perd sa raison d'être. Que peut-on donc combiner? Il ne reste que le disponible de droit commun, sur lequel le disposant puisse faire des libéralités tant aux étrangers qu'à son époux.

La doctrine que nous venons d'esquisser nous conduit non seulement à combattre l'opinion généralement admise d'après laquelle les deux quotités devraient concourir entre elles pour former le disponible à distribuer en cas de libéralités mixtes, mais encore nous permet de réfuter *a priori* un système qui autoriserait le cumul de ces deux quotités. Il est évident que pour se cumuler, tout comme pour concourir, il faut deux disponibles; or nous n'en reconnaissons qu'un seul.

Ce n'est pas là le moindre argument à l'appui de notre thèse. Nous allons, en effet, exposer les conséquences du cumul, et montrer que les partisans du concours, unanimes à le déclarer impossible, et même dérisoire, n'ont aucune bonne raison pour le repousser. D'abord si le disponible de droit commun des articles 913 et 915 et le disponible exceptionnel de l'article 1094 peuvent être cumulés, il sera permis de disposer au profit d'un étranger, d'une part, du disponible ordinaire, et au profit de son conjoint, d'autre part, du disponible de faveur. S'il faut juger d'une théorie par ses résultats, celle-ci est manifestement inacceptable. Ainsi suppose-t-on que le défunt laisse un seul enfant : s'il a pu valablement donner à un étranger

la moitié de ses biens, et à son époux un quart en propriété et un quart en usufruit, que restera-t-il à l'enfant pour sa réserve ? Un quart en nue propriété. Ce serait insignifiant. Et même, dans le cas d'ascendant, les deux quotités réunies dépasseraient la totalité du patrimoine. Pourtant, peu après la promulgation du Code, la Cour d'Agen, dans un arrêt du 27 août 1810, avait admis ce cumul, et plus tard les Cours de Grenoble et de Riom suivirent cet exemple.

Ces décisions ne sont pas aussi étonnantes qu'elles peuvent le paraître au premier abord; la législation intermédiaire admettait le cumul, et son influence se faisait encore sentir. Il est vrai qu'à cette époque la quotité disponible en faveur du conjoint ne pouvait consister qu'en usufruit, et que la quotité ordinaire en présence d'enfants était seulement d'un dixième, qui ne pouvait même pas être donné à l'un des enfants; le cumul n'offrait donc pas des inconvénients aussi graves que ceux qu'il présenterait sous l'empire du Code. Du reste, ce sont simplement les suites du cumul qui peuvent le faire rejeter par ceux qui reconnaissent la possibilité du concours entre les deux disponibles. Aucun texte ne le condamne, et les précédents lui sont favorables. Il ne nous semble pas permis d'admettre que le législateur a établi des principes qui peuvent produire de semblables résultats, et ensuite de déclarer qu'il n'a pu avoir la volonté de les sanctionner.

Ces indications préliminaires étant posées, nous al-

lons aborder l'exposé plus détaillé de l'opinion que nous essayons de soutenir, ainsi que l'examen et la critique des systèmes opposés. Pour faciliter notre étude, nous l'avons divisée en deux sections : la première consacrée à l'hypothèse où le disponible de droit commun est le plus fort, et la seconde à celle où il est le moins élevé.

SECTION PREMIERE

LA QUOTITÉ DE DROIT COMMUN EST LA PLUS FORTE

Lorsqu'une personne a disposé au profit de son conjoint et d'un étranger, c'est le disponible de droit commun, avons-nous dit, qui doit servir de mesure à ces libéralités. Pourtant si la quotité ordinaire est supérieure à la quotité de faveur, il est certain que le conjoint ne pourra pas recevoir au delà du disponible qui lui est spécialement affecté. Tous les auteurs , du moins tous ceux qui reconnaissent le caractère restrictif de l'art. 1094, sont d'accord sur ce point. Mais ne nous accusera-t-on pas d'être inconséquent avec notre théorie? Après avoir déclaré que dans l'hypothèse de libéralités mixtes le disponible de droit commun était le seul à appliquer, n'est-il pas contradictoire de vouloir restreindre les dispositions entre époux dans les

limites qui leur sont propres? Certes, non. Pour reconnaître quelle quotité le défunt a pu soustraire à la réserve, il est vrai que l'on doit consulter uniquement l'étendue du disponible ordinaire; mais pour savoir comment il a dû répartir cette même quotité, il est urgent d'examiner la personne du bénéficiaire. Ce n'est plus une question de quantité, mais bien de qualité. Ainsi la règle de droit commun servira à établir le montant du disponible, parce qu'en l'absence de dispositions législatives particulières c'est la seule à laquelle nous puissions recourir; mais rien ne s'oppose à ce que, dans ces limites, les textes modifiant la situation de certains bénéficiaires produisent leur effet.

Il est peut-être utile de rappeler dans quels cas le disponible de droit commun se trouve supérieur au disponible exceptionnel. S'il y a un seul enfant, il est plus étendu sans aucun doute. S'il y a deux enfants, chacun des disponibles étant déterminé d'une manière différente, l'un en propriété, l'autre en usufruit et en propriété ou en usufruit seulement, il est impossible de pouvoir dire à première vue quel est le plus considérable. Pourtant il est indispensable de savoir à quoi s'en tenir. Lorsqu'on est en présence de deux quantités à comparer entre elles, et de natures diverses, il faut essayer de trouver un terme commun; l'on pourrait presque dire les ramener au même dénominateur. Ici l'opération est simple. L'usufruit est un démembrement de la propriété, c'est une part de propriété; il

suffit d'établir quelle est sa valeur en propriété; et si elle est inférieure au tiers, le disponible de droit commun sera le plus fort.

Nous savons déjà que si la loi du 22 frimaire an VII, sur l'enregistrement, a posé en principe que l'usufruit est équivalent à la moitié de la propriété, c'est là une évaluation qui n'est obligatoire qu'en matière fiscale. Le Code civil ne contenant aucune mesure légale, il appartiendra aux parties ou au juge de fixer ce rapport suivant les circonstances. Il faut remarquer pourtant que la tendance de la Cour de cassation est d'estimer l'usufruit à la moitié de la valeur de la propriété comme la loi fiscale Supposons donc que l'usufruit soit évalué à la moitié de la valeur de la propriété. Si l'époux était donataire de la moitié des biens en usufruit, cette donation équivaudrait à celle d'un quart en propriété, le tiers en propriété constituant le disponible ordinaire lui serait donc supérieur d'un douzième Si l'époux avait reçu un quart en propriété et un quart en usufruit, le disponible exceptionnel serait supérieur d'un vingt-quatrième. Cette quotité ne pourrait donc être absorbée qu'à la condition d'être affectée en entier au conjoint. Au contraire, la première disposition pourrait s'exécuter intégralement et concourir avec la libéralité d'un douzième en propriété faite à un étranger. La Cour de cassation (Sirey, 1853, 1, 65), et la Cour d'Aix (Sirey, 1864, 2, 105), ont rendu des arrêts conformes à cette dernière combinaison. Pourtant elle présente un incon-

vénient assez grave; la réserve ne comprendra plus la moitié de la jouissance des biens, et l'on se rappelle que dans l'organisation du disponible entre époux le législateur s'est vivement préoccupé d'assurer cette part aux enfants. Aussi a-t-on proposé de transformer le douzième en toute propriété, en un sixième en nue propriété, et même le tribunal de la Seine a rendu le 26 juin 1860, un jugement dans ce sens qui a été confirmé par la Cour de Paris (Dalloz, 1863, 2, 91). Tout en reconnaissant la justesse des motifs qui ont dicté cette sentence, il nous semble préférable de s'en tenir momentanément au premier système. D'abord cette transformation d'une libéralité faite en toute propriété en une libéralité en nue propriété est quelque peu arbitraire. Ensuite, du moment que l'époux est en concours avec des étrangers il doit leur être assimilé, sauf à tenir compte de la restriction du disponible à son égard. Or, si dans notre hypothèse les bénéficiaires étaient tous les deux étrangers, comment s'y prendre pour savoir dans quelles limites chaque disposition s'exécuterait ? L'art. 917 pourrait-il être invoqué? Certains pensent que destiné à éviter les évaluations d'usufruit toujours incertaines, il perd toute application lorsque son but ne peut être atteint. Il faudrait donc estimer l'usufruit relativement à la valeur en pleine propriété des biens sur lesquels il porte, et si cette estimation était égale seulement au quart en pleine pro-

priété, les deux dispositions s'accompliraient intégralement.

Cette évaluation de l'usufruit conjugal a été présentée par certains auteurs comme une violation, non seulement de toute la théorie du Code, mais encore de la morale. Que le Code ait voulu empêcher toute estimation de l'usufruit, disent-ils, c'est ce qui ressort clairement des diverses dispositions qu'il renferme sur la matière : et l'art. 612, et l'art. 917, et la deuxième alternative de l'art. 1094 en sont la preuve irréfutable. Et que poussé par l'âpre désir du gain, l'enfant aille scruter les maladies plus ou moins secrètes de son père ou de sa mère, et rechercher quelle peut être la durée probable de son existence, n'est-ce pas une profanation scandaleuse du respect filial? Si ces attaques étaient justes, notre théorie serait ébranlée jusque dans sa base : c'est pourquoi nous avons cru devoir les réfuter avant d'en être arrivé à l'exposé du système qui les inspire. Et d'abord peut-on empêcher toute évaluation de l'usufruit donné à l'époux? Quelle que soit la doctrine qu'on adopte pour déterminer le chiffre du disponible entre l'époux et les héritiers réservataires, il est inévitable de recourir à cette évaluation entre l'époux et les autres donataires étrangers, qui sont presque toujours aussi des enfants, pour déterminer la réduction que doit subir chaque libéralité. Devant cette absolue nécessité, reconnue par tous, s'inclinent les principes du Code et de la morale. Et puis, pour la

détermination du chiffre du disponible, sommes-nous obligé de recourir à cette évaluation d'usufruit? Nullement. Nous avons dit qu'on repoussait généralement toute application de l'art. 917 au cas de différents donataire sou légataires ayant droit à la quotité disponible après ou concurremment avec le donataire ou légataire d'usufruit. Mais s'il est évident que pour déterminer la part afférente à chacun des intéressés, il faut déterminer par une estimation la valeur représentative de l'usufruit donné ou légué, cette opération faite, rien ne s'oppose à ce que l'art. 917 s'applique entre les héritiers et le donataire ou légataire d'usufruit. Les héritiers pourraient donc opter entre l'abandon de la portion de la quotité disponible afférente à ce donataire ou légataire, et l'exécution intégrale de la disposition. Nous avons à l'appui de cette interprétation l'autorité de M. Colmet de Santerre. Avec ce procédé nous évitons l'évaluation de l'usufruit donné à l'époux, sauf dans le cas où tout le monde reconnaît qu'elle s'impose.

On pourrait objecter que nous avons établi précédemment que l'art. 917 n'était pas applicable au disponible entre époux, et que l'art. 1094 donnant la mesure maximum tant en usufruit qu'en propriété, opérait la réduction lui-même. — Mais il nous serait facile de répondre que l'art. 1094 règle simplement une hypothèse exceptionnelle, celle où il n'y a de libéralités qu'au profit de l'époux. Dans ce cas particulier il donne

à la fois la mesure et le procédé de réduction. Au contraire, lorsque les libéralités faites à un étranger viennent concourir avec les dispositions en faveur d'un conjoint, il y a là un cas nouveau que l'art. 1094 n'a pas prévu. Nous sortons de l'exception pour rentrer dans la règle, et le droit commun est seul à consulter soit pour la détermination du chiffre du disponible, soit pour le procédé de réduction. En même temps que l'art. 913 reprend son empire, l'art. 917 redevient applicable.

Ainsi, pour l'hypothèse dont nous nous occupions, les enfants seront juges de savoir s'il est préférable pour eux de laisser à l'époux l'usufruit de la moitié des biens, ou de lui remettre un quart en propriété. Par suite il n'y aura plus à craindre de les voir privés contre leur gré de la jouissance de plus de la moitié des biens, sans avoir à transformer arbitrairement la disposition d'un douzième en propriété faite à l'étranger en celle d'un sixième en nue propriété.

SECTION II

LA QUOTITÉ SPÉCIALE EST LA PLUS FORTE

Pour nous cette hypothèse est encore plus simple que la précédente; l'époux sera complètement assimilé à un étranger, sans qu'il y ait à se préoccuper d'aucune restriction particulière. La quotité spéciale est un crédit supplémentaire que le Code consent à ouvrir au donateur toutes les fois que celui-ci trouve le crédit ordinaire insuffisant pour assurer le sort de son conjoint. Mais bien évidemment l'époux seul peut profiter d'un supplément établi en sa faveur, et le disposant ne peut y recourir qu'après lui avoir déjà attribué le disponible de droit commun. S'il plaît à une personne mariée de faire des libéralités à son conjoint et à des étrangers, libre à elle; mais les motifs qui ont dicté l'art. 1094 ne se retrouvant plus, elle devra renfermer sa générosité dans les termes de l'art. 913. Ce n'est pas le mariage qui augmente la disponibilité d'une personne, c'est la qualité du bénéficiaire qui fait fléchir le droit des héritiers réservataires.

Nous avons déjà fait pressentir que la théorie que nous essayons de défendre n'a pour elle, ni les suffrages de la doctrine, ni ceux de la jurisprudence. Parmi

les auteurs M. Laurent est seul à la présenter, et à la Cour de cassation elle n'a trouvé qu'un éloquent défenseur dans la personne d'un avocat général, M. Delangle. On pose en principe que les deux disponibles doivent concourir. Eh bien, nous allons exposer les divers systèmes auxquels la théorie du concours a donné naissance, et certes rien ne saurait être plus favorable à notre thèse que de mettre en regard de sa simplicité leurs complications, leurs incertitudes et leurs contradictions.

Tout d'abord le concours des deux disponibles n'ayant pas été l'objet de dispositions législatives, ceux qui l'admettent ont dû créer des règles. En général ils reconnaissent les trois suivantes :

1° Le montant réuni des dons ne peut pas dépasser le disponible le plus considérable.

2° Chaque donataire ne peut rien recevoir au delà du disponible qui le concerne spécialement.

3° L'étranger ne peut pas profiter de l'augmentation de la quotité disponible que la loi a établie en faveur de l'époux.

« Mais le malheur est que ces règles ne sont pas toutes universellement acceptées, et que l'une d'elles est même radicalement méconnue par un parti considérable. Et, pour celles-là mêmes qui sont généralement admises, les plus vives dissidences s'élèvent sur la manière dont elles doivent être appliquées. » Ces paroles émanent d'un des partisans les plus autorisés

de la théorie du concours, et l'analyse de chaque règle et des applications que chacun a voulu en faire à son gré va nous montrer qu'en faisant cet aveu, M. Demolombe est resté bien en deçà de la vérité.

a. Sans la première règle, les partisans du concours seraient forcément conduits au cumul. Mais tous ne l'interprètent pas dans le même sens. Ils sont d'accord pour en conclure qu'il n'y a pas lieu à réduction, lorsque le montant cumulé des dispositions faites en faveur de l'époux et en faveur de l'étranger, n'excèdera pas la quotité disponible la plus forte. Mais lorsqu'il s'agit de savoir quelle en est la portée exacte, les uns l'admettent dans ses termes absolus, et la considèrent comme une conséquence forcée du système du non-cumul; d'autres, au contraire, soutiennent qu'elle n'est complètement vraie qu'en ce qui concerne la quotité disponible en propriété; quant à la quotité disponible spéciale en usufruit dont l'époux peut disposer en faveur de son conjoint, elle pourrait, d'après eux, s'ajouter au disponible ordinaire en propriété, de telle sorte que les deux libéralités dépassent soit la quotité disponible de 913, soit la quotité disponible de 1094.

Il faut avouer qu'il est difficile de comprendre comment on peut à la fois repousser le cumul en propriété et l'admettre en usufruit, au moins pour partie. L'usufruit a une valeur moindre, mais de même nature que la propriété; et les héritiers qui verront leur réserve entamée par les deux disponibles, trouveront une mé-

diocre consolation dans la pensée qu'ils sont en présence de deux quotités évaluées différemment, l'une en propriété, l'autre en usufruit.

b. Sans la seconde règle, nos adversaires n'auraient pas de motifs pour refuser à un étranger une quotité plus forte que celle qui lui est accordée par les art. 913 et 915; ce qui serait une violation formelle de tous les principes; ils sont donc d'accord pour l'accepter.

c. Mais la troisième règle tendant à empêcher l'étranger de profiter de l'augmentation du disponible établie en faveur de l'époux est sujette aux plus vives discussions. Certains contestent le principe en lui-même comme inconciliable avec le concours; d'autres croient pouvoir le respecter tout en faisant concourir les deux disponibles, mais ils sont profondément divisés sur la question de savoir si dans telle ou telle circonstance, le maintien des dispositions faites à un étranger le fait profiter du supplément de disponible établi en faveur du conjoint seulement. Pour se rendre compte des controverses qui séparent les auteurs et la jurisprudence, il faut distinguer trois hypothèses.

α. La disposition faite en faveur du conjoint est postérieure à la disposition faite au profit d'un étranger.

β. La disposition faite en faveur du conjoint est antérieure à la disposition faite au profit d'un étranger.

γ. Les deux dispositions sont simultanées.

Reprenons successivement chacune de nos hypothèses :

α. Quand le second donataire est précisément l'époux, tous les partisans du concours s'entendent pour décider que le disposant peut atteindre le plus fort disponible, à la condition d'attribuer à son conjoint au moins toute la différence entre les deux quotités. Par exemple, si le donateur a trois enfants et qu'il ait d'abord donné un quart en propriété à un étranger, il pourra encore disposer très valablement d'un quart en usufruit en faveur de son époux. Le donataire étranger ne bénéficiera pas du disponible exceptionnel de l'article 1094 puisqu'il n'a reçu que le disponible de l'article 913, et que si la donation en usufruit avait été faite à un étranger, le premier donataire n'aurait eu à souffrir aucune réduction, puisqu'aux termes de l'article 923, on commence par réduire les donations les plus récentes.

Dans ce cas le concours semble même si naturel, que l'on pourrait peut-être croire que la rigueur de la logique toute seule nous amène à le repousser. Il n'en est pourtant rien. En effet, s'il peut paraître étrange que l'époux soit privé d'un quart en usufruit auquel il aurait eu droit s'il avait déjà été donataire du quart en propriété, c'est que l'on ne remarque pas que dans cette dernière hypothèse, les enfant privés dans la succession de leur père, d'une part plus considérable, sont assurés d'en retrouver au moins une partie dans la succession de leur mère.Mais ici, dépouillés en propriété de tout le disponible au profit d'une personne

sur la succession de laquelle ils n'ont aucun droit, il n'est pas juste que leur réserve soit encore affectée d'un usufruit. Et qu'on ne s'apitoie pas sur le sort de la mère ; en supposant qu'elle n'ait pas de ressources personnelles, et que ses enfants manquent au plus sacré des devoirs en ne lui assurant pas une situation en rapport avec leur fortune personnelle, le Code viendra à son secours et lui fera accorder une pension alimentaire.

De même si l'époux laissait comme unique héritier un ascendant, il pourrait, de l'avis unanime des partisans du concours, après avoir disposé en propriété des trois quarts de ses biens au profit d'un étranger, disposer en faveur de son conjoint de l'usufruit de la réserve de l'ascendant.

Cette fois nous repoussons le concours de ces deux libéralités d'autant plus volontiers que la disposition du Code qui permet de réduire la réserve de l'ascendant à une nue propriété bien souvent illusoire, ne nous semble déjà pas si digne d'approbation pour en étendre l'application en dehors du cas précis qu'elle prévoit. Or, nous avons déjà fait remarquer que le premier alinéa de l'art. 1094 permet de disposer en faveur de son époux de l'usufruit de la réserve des ascendants, mais en outre de tout ce dont on pourrait disposer en faveur d'un étranger. Il exprime donc clairement que le maximum qu'il fixe ne peut être atteint qu'au cas où l'époux est seul bénéficiaire. La résis-

tance opposée par les auteurs et la jurisprudence à une interprétation aussi évidente, ne peut s'expliquer que par le besoin de repousser dans son ensemble la théorie de l'unité et de l'indivisibilité de la quotité disponible spéciale. S'ils avaient reconnu que le premier alinéa de l'art. 1094 établissait cette théorie, il leur eût été impossible de ne pas admettre que le deuxième alinéa y était également conforme.

6. La deuxième hypothèse est celle où une donation irrévocable, c'est-à-dire, faite par contrat de mariage à l'époux, a été suivie d'une libéralité faite à un étranger. Ici notre règle est en jeu, et trois systèmes principaux se disputent les suffrages des partisans du concours.

a. Le premier système refuse de donner effet à la libéralité destinée à l'étranger. C'est celui de la jurisprudence, et M. Troplong lui a prêté l'appui de son autorité. Certains des arguments contenus dans les arrêts ne manquent pas de force, mais ils devraient conduire à repousser complètement le concours. La substance de leurs raisonnements peut être présentée de la manière suivante : En présence d'un disponible ordinaire et d'un disponible supplémentaire, il est naturel de penser que le disposant a eu l'intention d'imputer d'abord ses libéralités sur le premier, et cela qu'elles s'adressent à un étranger ou à son conjoint. Ceci posé, il en résulte que pour valider un don postérieur il faut avoir recours au disponible exceptionnel.

Or, ce disponible n'a été établi qu'en faveur de l'époux et ne peut profiter qu'à lui seul. « C'est un privilège personne,l dit M. Troplong, qui ne peut être communiqué à qui que ce soit, sans violer la lettre et l'esprit de l'article 1094. » Et il n'y a pas à distinguer si l'époux a été gratifié d'un quart en propriété, ou d'une moitié en usufruit. « Qu'a fait le disposant? dit à ce sujet M. Troplong, du même coup il a épuisé le disponible conjugal et le disponible ordinaire. D'une part, il donnait à son conjoint l'usufruit de la moitié, c'est-à-dire qu'il lui a donné l'un des deux maximum établis par l'art. 1094. D'autre part, comme cet usufruit équivaut en général au quart en propriété, il a consommé le pouvoir qu'il tenait du droit commun pour avantager un étranger. » (*Des donations*, t. IV, n° 2599, Troplong). Certainement qu'il peut étendre la première de ces dispositions et y joindre un quart en usufruit, mais seulement en faveur de son conjoint. Ce n'est pas en faveur d'une autre personne que cette extension de la quotité disponible a été établie. Il ne peut pas entamer la réserve de ses enfants par la communication d'un privilège que sanctionne seule la tendresse conjugale. Et cette préoccupation de ne pas laisser un étranger bénéficier du supplément de disponible établi par l'art. 1094 ressort clairement de diverses décisions de la Cour de cassation. Nous lisons en effet dans l'arrêt de rejet du 27 janvier 1824 (Sirey, 1833, 1, 506) : « La Cour : — Considérant que l'art. 913 pré-

cité contient une règle générale de laquelle il ne peut être permis au juge de s'écarter que dans le cas où des dispositions législatives ultérieures autoriseraient des exceptions ; que celles consignées dans l'art. 1094 ne contiennent qu'une législation spéciale, bornée aux avantages entre époux, et dont l'époux seul pourrait se prévaloir dans le cas où la donation qui le concerne serait postérieure à celle faite à un étranger ; que la lettre de cet article est claire, et que si le législateur, dans le cas d'existence de trois enfants, a donné plus de latitude à la faculté de disposer en faveur d'un époux, c'est qu'il restait toujours aux enfants l'espérance bien naturelle de recueillir les biens après le décès du père ou de la mère avantagés, considération inapplicable aux libéralités faites à des étrangers : de tout quoi il suit que l'arrêt attaqué est conforme à la lettre et à l'esprit de la loi. — Rejette. » Dans l'arrêt de cassation du 24 juillet 1839 (Sirey, 1839, 1, 663), nous trouvons des considérants identiques : « Attendu que, si les dons et legs faits à l'époux peuvent dépasser, en certains cas, la quotité disponible ordinaire, la nature même de ces extensions, aussi bien que la qualité même de celui au profit de qui elles sont autorisées par l'art. 1094, démontrent que c'est là un privilège personnel, limité à l'époux, et qui, par suite ne peut profiter qu'à lui seul, et ne doit jamais réagir sur les enfants, pour la fixation de leur réserve, soit entre eux, soit à l'égard des étrangers. »

Ce sont justement là les principaux motifs que nous avons fait valoir à l'appui de notre opinion. Comment la jurisprudence a-t-elle donc fait pour repousser notre doctrine dans les autres hypothèses? Elle ne l'a pu qu'en se montrant inconséquente avec elle-même. L'inconséquence est le grand reproche que tout le monde lui adresse; et il est certainement mérité, car l'ordre des libéralités ne saurait avoir pour effet d'augmenter ou de diminuer la quotité disponible d'une personne. Mais la jurisprudence en acceptant le principe du concours des deux disponibles était condamnée à de semblables contradictions. En effet le concours conduit, dans certaines hypothèses, à une violation trop flagrante de la théorie du Code sur la quotité disponible spéciale aux époux pour que la Cour suprême pût la sanctionner. N'ayant pas voulu dégager le caractère tout particulier des dispositions mixtes et reconnaître par là même qu'elles ne pouvaient jamais être soumises qu'aux limites du droit commun, elle devait être amenée à chercher des expédients pour repousser parfois les conséquences de sa propre doctrine. Et l'ordre des dates n'est pas autre chose qu'un prétexte pour ne pas appliquer ses principes habituels. Il ne sera pas difficile à ceux qui admettent le concours, même dans notre hypothèse, de montrer tout ce qu'il y a d'artificiel à prendre pour point de départ l'imputation par le disposant de sa première libéralité sur le disponible ordinaire. D'autre part, si les libéralités sont simul-



tanées, l'étranger profite de l'augmentation du disponible aussi bien que lorsque la disposition à son profit est postérieure à celle en faveur de l'époux, et pourtant la Cour de cassation, dans cette hypothèse, admet le concours.

Ces contradictions sont peu faites pour relever la faiblesse d'une théorie basée sur l'ordre chronologique des dispositions, et il n'est pas étonnant que la plupart des auteurs aient repoussé les solutions de la jurisprudence.

Mais la Cour de cassation a toujours résolu cette question conformément au système que nous venons d'exposer, et même plusieurs Cours d'appel, qui avaient longtemps repoussé cette règle, ont fini par s'y rallier. Depuis l'arrêt du 21 mai 1853 (Sirey, 1853, 2, 591) rendu par la Cour de Riom, le relevé de la jurisprudence ne signale plus aucun arrêt en sens contraire, tandis qu'elle est riche en décisions conformes au principe de la Cour suprême (Toulouse, 23 novembre 1853; Dalloz, 1854, 2, 99. Bordeaux, 7 décembre 1858; Dalloz, 1863, 2, 125. Riom, 26 mai 1862; Sirey, 1862, 2, 445. Agen, 5 décembre 1861; Dalloz, 1864, 2, 97. Agen, 12 décembre 1866; Dalloz, 1867, 2, 17. Toulouse, 20 décembre 1871; Dalloz, 1873, 2, 17). Enfin la Cour de cassation a consacré à nouveau son système dans un arrêt du 1er mai 1876 (Dalloz, 76, 1, 433).

b. Le second système, soutenu par les jurisconsultes

les plus éminents, décide que le concours sera toujours possible sans avoir à rechercher si la libéralité faite à l'étranger a précédé ou suivi la donation faite au conjoint. Il fait d'abord prompte justice de l'argument que le système précédent prétend tirer de la volonté du donateur. On sait qu'il le représente comme calculant au moment de la donation sur quel disponible doit être imputée sa libéralité. Or, en droit et en fait, une semblable supposition est erronée. En droit, l'on ne peut pas faire intervenir la volonté du disposant pour déterminer les limites de la quotité disponible, puisque les règles sur la réserve sont justement édictées pour restreindre cette volonté dans des limites infranchissables. En fait, si cette volonté pouvait avoir quelque influence, il est bien certain qu'elle tendrait à se débarrasser des liens qui la gênent et à augmenter son champ d'action. Et du reste il serait souvent impossible de supposer que le disposant a entendu imputer sa libéralité sur le disponible ordinaire plutôt que sur le disponible exceptionnel. Comment croire que le donateur d'une somme d'argent ou d'un bien déterminé a fait de semblables calculs? Il a pu parfaitement se tromper sur la valeur future de son patrimoine et penser que sa première libéralité n'épuisait même pas le disponible le moins considérable. Et d'ailleurs, en pratique, qu'il le puisse ou non, le disposant ne songera certes pas à établir une semblable imputation.

Mais si la volonté du disposant ne peut pas être invo-

...e, il n'en reste pas moins établi que l'étranger ne doit pas profiter de l'excédent du disponible destiné à l'époux. Il ne peut par conséquent pas recevoir une donation postérieure à celle du conjoint et qui ne serait valable que grâce à cette extension. C'est une application de la règle précédemment posée. Nous savons que cette règle n'est qu'une déduction incomplète du principe de l'unité et de l'indivisibilité du disponible spécial aux époux; nous avons montré que détachée de notre théorie elle ne cadrait pas avec les autres décisions de la jurisprudence; mais elle n'en constitue pas moins dans notre hypothèse un argument très fort à l'appui du premier système. Tellement fort que les plus autorisés entre les partisans du second système, désespérant de faire concorder leurs solutions avec cette règle, se contentent de la repousser purement et simplement, sous prétexte qu'aucun texte ne décide d'une manière formelle que l'étranger ne doive pas profiter du disponible de faveur. La règle qu'on leur oppose serait d'après eux créée pour les besoins d'une opinion, et rien ne les contraint à la respecter. Et vraiment, nous leur concédons volontiers que si l'on admet cette règle l'on est forcé, à moins de se montrer inconséquent avec soi-même, de s'incliner devant le principe d'où elle découle; or, ce principe est la négation même de la théorie tout entière du concours. Nous comprenons donc parfaitement que les jurisconsultes qui acceptent le concours aient préféré rejeter dans leur ensem-

ble toutes les déductions plus ou moins lointaines de notre doctrine. Si la jurisprudence ne les a pas suivis dans cette voie indiquée par la logique, c'est que les faits lui ont fait entrevoir combien cet empiètement sur la quotité de faveur était, dans certaines hypothèses, manifestement opposé à la spécialité du disponible entre époux. Seulement, pour être tout à fait dans le vrai et échapper au reproche d'inconséquence, elle n'aurait pas dû se borner à édicter une règle destinée à enrayer les effets les plus inapplicables du concours, mais bien remonter au principe lui-même et décider que toujours les libéralités mixtes doivent être soumises aux limites du disponible de droit commun. Elle ne l'a pas fait; il en résulte que n'ayant ni textes, ni principe, pour sanctionner la règle qu'elle invoque, ses adversaires ont toute facilité pour la repousser.

Il est vrai que certains auteurs pensent respecter la règle invoquée par la jurisprudence, tout en permettant le concours sans distinguer l'ordre des libéralités. Ils prétendent que l'étranger peut repousser toute demande en réduction sans tirer un profit personnel de l'extension du disponible de faveur; il se bornerait à répondre que du moment qu'on lui oppose la disposition antérieure faite à l'époux, on doit la prendre telle quelle, c'est-à-dire avec la qualité du donataire et l'excédent de disponible qui lui est propre. Mais c'est là une véritable pétition de principes. Il s'agit précisément de savoir si, en opposant le titre particulier de

son codonataire, l'étranger ne profite pas de cette circonstance que la première libéralité a été faite à un époux, et quelque subtilité que l'on invoque, l'on ne pourra pas arriver à prouver qu'il n'est pas mieux traité que si elle s'adressait à une autre personne. Du reste, MM. Aubry et Rau (Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 614) qui avaient soutenu cette opinion, y ont renoncé par la suite.

D'autre part, pour soutenir que le concours doit avoir lieu quel que soit l'ordre des libéralités, l'on fait remarquer que les héritiers réservataires ne se trouvent pas lésés davantage, lorsque la donation faite à l'étranger est postérieure au lieu d'être antérieure à celle reçue par le conjoint. Et du moment qu'on admet le concours dans le premier cas, il n'y a pas de motifs pour le repousser dans le second.

Pourtant on pourrait objecter que l'excédent de disponible admis par l'art. 1094 consiste en usufruit, et que les réservataires sont grandement intéressés à ce que cet usufruit soit donné à telle ou telle personne. M. Colmet de Santerre a prévu l'objection et la réfute en décidant que l'usufruit devra être établi sur la tête du conjoint, et non sur celle du second donataire ; il sera soumis aux chances de vie et de mort du conjoint et non du donataire. Ainsi les héritiers à réserve ne courront pas la chance de voir un usufruit constitué sur une tête plus jeune, et la libéralité faite au second donataire ne portera pas à la réserve une atteinte plus

grande que la libéralité qu'on aurait pu faire à l'époux.

Du reste, l'époux lui-même est intéressé à ce que le disponible exceptionnel puisse être ultérieurement attribué à l'étranger; sans quoi la crainte d'épuiser son disponible ordinaire pour l'avenir pourrait empêcher le disposant de se laisser aller à ses sentiments de générosité envers son conjoint.

Enfin l'on doit tenir compte de l'intérêt du donateur lui-même; or il trouvera dans ce supplément de disponible le moyen de pouvoir exercer sa magistrature domestique envers ses enfants après avoir satisfait sa tendresse conjugale.

Toutes ces raisons ne nous touchent guère, nous qui avons mis tous nos efforts à montrer le caractère spécial et essentiellement personnel du disponible particulier aux époux; mais elles doivent paraître puissantes à ceux qui admettent en principe que la libéralité faite à l'étranger peut concourir sur ce disponible avec la libéralité faite au conjoint.

Elles sont exposées dans l'arrêt du 28 janvier 1843 de la Cour de Toulouse, qui a résisté longtemps à la jurisprudence de la Cour de cassation. Nous lisons dans les considérants de cet arrêt (Dalloz, 1843, 2, 11): « Attendu que, lorsque des considérations puisées dans le droit qu'a chacun de disposer de ce qui lui appartient en dehors des prohibitions de la loi, dans les droits de la puissance paternelle, dans les principes constitutifs de la famille, doivent faire admettre le con-

cours simultané de ces deux donations, le doute sur la pensée de la loi disparaît devant cette réflexion que leur maintien ne cause pas un véritable préjudice aux réservataires ; qu'alors, en effet, que l'on est obligé de reconnaître qu'elles doivent se cumuler, si la libéralité faite en faveur de l'enfant a précédé celle dont peut se prévaloir l'époux, ou qu'elles doivent l'une et l'autre sortir à effet, si elles sont contenues dans le même acte, on reconnaît par là même que le réservataire ne fonde pas son action sur ce que la part que la loi lui affecte a été entamée, mais sur ce que, selon le temps où il a été disposé, le don a porté sur une des deux quotités disponibles ; qu'il crée ainsi arbitrairement une distinction pour obtenir la réduction dans un cas, tandis qu'il avoue qu'il ne pourrait la demander dans l'autre ; mais que la question étant réduite à un ordre de dates, la solution ne saurait être douteuse, puisque, d'un côté, l'époque à laquelle les dons divers ont été faits ne saurait servir de règle pour l'appréciation du droit ; que, d'un autre côté, convenir qu'il peut ainsi dépendre du père, de donner force aux deux donations ou à une seule, selon le moment où il aura cru devoir faire l'une ou l'autre, c'est reconnaître que son intention doit être consultée dans le jugement à porter ; qu'aucune autre règle ne peut être suivie avec plus de certitude lorsque le silence gardé par le Code sur la manière dont les donations doivent être imputées impose la nécessité de chercher ailleurs que dans

le texte de la loi le mode d'imputation; qu'ainsi il faut incontestablement dire que dans le cas, par exemple, où il disposerait par un acte antérieur en faveur de son époux de la totalité ou d'une partie de l'usufruit réglé par l'art. 1094 en se réservant la faculté de donner par préciput ultérieurement la part de propriété fixée par l'art. 913, la volonté devrait être exécutée; mais qu'il importe peu qu'elle ait été formellement exprimée; qu'elle doit être toujours sous-entendue, puisque chacun est présumé avoir voulu conserver la liberté que lui donne la loi; que lorsqu'à cette présomption se joint le fait d'une disposition ultérieure qui lui est conforme, il n'y a aucune raison pour n'avoir pas à l'intention du disposant, en ce cas, le même égard que lorsque l'avantage fait à l'enfant est antérieur à celui dont l'époux est l'objet ou qu'ils ont eu lieu simultanément; qu'un seul principe doit recevoir son application, c'est que là où le réservataire n'éprouve point une diminution excédant la disposition qu'autorise l'art. 1094, il n'y a point de préjudice pour lui; que, pourvu que l'époux survivant reçoive ce que lui assure cet article, et que l'enfant ne soit avantagé que conformément aux droits que lui ouvre l'art. 913, chacun d'eux demeurant dans les limites de sa capacité respective, le magistrat ne peut point aller chercher dans les dates diverses des actes qui contiennent ces libéralités, une distinction qui n'est point écrite dans la loi pour satisfaire dans un cas l'affection du père et celle

de l'époux, tandis que dans l'autre, l'un de ces sentiments serait sacrifié. » — Nous avons reproduit ce considérant un peu long, parce qu'il montre nettement les motifs qui doivent entraîner les partisans du concours à l'admettre dans toutes les hypothèses.

Nous n'avons pas à prendre parti entre deux systèmes que nous repoussons l'un et l'autre. Nous ne pouvons cependant pas nous empêcher de reconnaître que le second a sur le premier le précieux avantage d'être conséquent avec lui-même; il s'éloigne plus absolument de nos solutions, mais au moins il ne cesse pas d'être logique. Ces conséquences mises en face de celles de notre théorie sont diamétralement opposées, et il est facile de les comparer. Ce parallèle permettra de distinguer quel est le plus juridique des deux principes d'où elles découlent. Or si nous sommes arrivé à bien dégager le caractère personnel de l'art. 1094, il n'est pas douteux que la doctrine que nous soutenons sorte victorieuse de cette épreuve.

Nous aurions épuisé l'hypothèse de donations faites par actes successifs à l'étranger et au conjoint, si un savant professeur de Toulouse n'avait proposé une théorie très originale. M. Benech a essayé de révolutionner toute cette matière, et sur ce point son opinion a été adoptée par des auteurs considérables, tels que Marcadé et M. Demolombe; elle a même fini par rallier les suffrages de MM. Aubry et Rau qui avaient commencé par enseigner le système précédent. Cette nou-

velle doctrine repose sur une distinction entre les donations en pleine propriété et les donations en usufruit. Il faut observer si la libéralité faite au conjoint a pour objet un droit de propriété ou un droit d'usufruit. Au premier cas elle doit être imputée sur le disponible ordinaire de l'art. 913, et elle le diminue ou l'épuise, de sorte que si l'époux fait une libéralité en faveur d'un étranger, elle sera réductible ou caduque. Au contraire, si elle a porté sur un droit d'usufruit, elle doit être imputée sur le disponible spécial de l'art. 1094, et, par suite, la quotité disponible en propriété de l'art. 913 reste intacte. Ainsi il est permis à l'époux de disposer cumulativement en faveur de son conjoint de l'usufruit de la moitié, et en faveur d'un étranger d'un quart en nue propriété, ou bien encore d'un quart en usufruit en faveur du conjoint, et d'un quart en pleine propriété en faveur d'un étranger. Mais il ne lui est pas permis de disposer, en sens inverse, d'un quart en pleine propriété en faveur de l'époux et d'un quart en usufruit en faveur de l'étranger, ou bien de l'usufruit de moitié en faveur d'un étranger, et du quart en nue propriété en faveur de son conjoint. — Cette fois ce ne sera plus de la date respective des libéralités que dépendra l'étendue de la quotité disponible et le sort des dispositions; ce sera de la nature même de ces dispositions.

On ne saurait exposer plus nettement les raisons qui militent à l'appui de cette théorie, qu'en analysant

la brillante dissertation que M. Réquier a consacré à sa défense dans la *Revue historique de droit français et étranger* (1864, t. X).

L'argument qu'il semble considérer comme la clef de voûte de tout le système est tiré des travaux préparatoires. L'art. 1094 ne saurait se comprendre d'après lui qu'en le rapprochant des dispositions antérieures contenues dans les travaux préparatoires. Or, suivant le projet de l'an VIII, la quotité disponible n'était pas proportionnelle au nombre des enfants; elle était toujours du quart des biens du disposant. L'art. 16 a été modifié sur les observations de Cambacérès et est devenu l'art. 913. Au contraire, l'art. 151 du projet, qui déterminait l'étendue des libéralités entre époux, était le même que l'art. 1094 du Code. Cet article ne créait pas pour les époux une nouvelle quotité disponible en propriété; sinon il eut entraîné le cumul. Il permettait simplement à l'époux de donner à son conjoint la quotité disponible ordinaire, en y ajoutant un quart d'usufruit à prendre sur la réserve des enfants. Les deux parties de l'art. 151 se trouvaient ainsi en complète harmonie. Toutes les deux maintenaient dans la famille les biens affectés à la réserve et permettaient néanmoins d'augmenter en jouissance le disponible en faveur de l'époux. Par le premier alinéa l'époux obtenait toute la quotité disponible ordinaire et, en outre, l'usufruit de la réserve entière des ascendants, qui n'étant pas destinés dans l'ordre de la nature à recueillir l'hé-

ritage de leurs descendants n'avaient pas à être protégés par le législateur. Par le second alinéa le conjoint pouvait encore recueillir la quotité disponible ordinaire en pleine propriété, mais la portion de l'usufruit de la réserve dont le donateur pouvait disposer en sa faveur était réduite au quart; ici le législateur n'avait pas jugé convenable de dépouiller les enfants des ressources nécessaires à leur subsistance.

En résumé, d'après le projet, l'époux pouvait toujours donner à son conjoint la propriété tout entière de la quotité disponible ordinaire. En outre, il pouvait lui donner l'usufruit de la réserve en totalité s'il n'avait pas d'enfants, et au cas contraire jusqu'à concurrence du quart seulement. D'où il résulte qu'à cette époque il n'y avait qu'une seule quotité disponible en propriété, la même pour tous; et que l'extension de disponibilité autorisée en faveur de l'époux consistait uniquement en usufruit venant grever la réserve en totalité ou en partie.

Le changement apporté à la rédaction de l'art. 16 du projet primitif devenu l'art. 913 du Code a bien altéré la simplicité de ce système et la concordance parfaite qui existait entre toutes ses parties, mais la pensée du législateur n'a pas varié, et l'art. 1094 permet toujours de donner à l'époux la quotité disponible ordinaire, en totalité ou en partie, avec tout ou partie de l'usufruit de la réserve. Cette pensée, écrite textuelle-

ment dans le premier alinéa, ressort évidemment de l'esprit du deuxième.

Ainsi, pour faire une libéralité en propriété, soit à son conjoint, soit à un étranger, l'époux est obligé de l'imputer sur le disponible des art. 913 et 915. Si l'avantage fait à l'époux absorbe cette quotité il ne reste plus rien pour un autre donataire. Mais si c'est l'étranger qui est gratifié du disponible ordinaire, l'époux peut encore recevoir l'usufruit soit de la réserve entière, soit d'une partie seulement.

D'autre part, toute libéralité en usufruit faite au conjoint s'imputera sur le disponible de l'art. 1094 et par suite laissera libre pour l'étranger le disponible ordinaire.

Il est vrai que Marcadé propose l'amendement suivant : « Quand l'objet de la donation faite au conjoint peut tout aussi bien se prendre sur le disponible du chapitre III que sur celui de notre chapitre, il nous paraît évident, malgré l'opposition de tant de jurisconsultes, qu'il faut l'imputer sur la première quotité. » Mais pour que cette imputation sur la quotité ordinaire du don fait à l'époux conduise au système de la jurisprudence, il suffirait de dire que l'imputation peut toujours avoir lieu parce que l'usufruit a sa valeur tout comme la propriété. Aussi, M. Demolombe repousse cet amendement qui compromettrait sa doctrine, et à son avis il faut maintenir ce principe que toute libéra-

lité faite à l'époux en usufruit doit être prise sur le disponible spécial.

Ce raisonnement historique est fort captieux et des plus séduisants. Mais un premier reproche à lui adresser c'est d'être établi sur les travaux préparatoires où toutes les opinions ont la prétention de trouver d'excellents arguments. Et même, si l'on s'attache uniquement à cette sorte de documents, est-ce bien là le système que l'on doit adopter? Au point de vue historique n'est-ce donc pas la théorie du cumul qui s'impose? Au moment de la rédaction du Code le cumul était admis, qu'est-ce qui permet d'affirmer que ses rédacteurs aient voulu rompre avec cette législation? L'on a formulé une règle pour l'interdire; mais où estelle écrite? De quel droit des jurisconsultes viennentils édicter que les libéralités réunies ne devront jamais dépasser la plus forte des deux quotités? Du reste, M. Réquier est le premier à reconnaître que cette règle n'a aucune valeur. Lorsque son système l'amène à passer outre, il le fait sans le moindre scrupule. Dans l'hypothèse de deux enfants, il décide en effet que la quotité disponible fixée au tiers par l'art. 913 ne peut être donnée en propriété à l'époux que jusqu'à concurrence du quart par suite de l'art. 1094; mais que le conjoint pouvant toujours recevoir l'usufruit de la moitié des biens, et cet usufruit dépassant celui de la quotité disponible de toute la différence du tiers à la moitié, c'est-à-dire du sixième, à prendre nécessairement

sur la réserve, le donateur a le droit de grever à son profit la réserve d'usufruit jusqu'à concurrence d'un sixième. Par suite, si l'époux a déjà donné à l'un de ses enfants le tiers de tous ses biens par préciput, il ne pourra plus rien donner en propriété à son conjoint; mais il pourra encore lui donner un sixième en usufruit. Et au contraire, s'il a commencé par disposer de l'usufruit de la moitié de tous ses biens en faveur de son époux, il lui aura donné tout l'usufruit de la quotité disponible de l'art. 913, plus le supplément d'un sixième dont l'art. 1094 lui permettait de grever la réserve, et par conséquent la nue propriété de la quotité disponible restera libre tout entière et pourra être donnée à une personne quelconque. C'est bien là une violation de la défense faite de cumuler les deux disponibles. Or, lorsqu'à ses solutions on oppose cette règle, M. Réquier riposte en demandant si on l'a trouvée dans la loi. Et faisant lui-même la réponse, il déclare qu'on l'y chercherait en vain parce que c'est l'interprète qui l'a inventée.

Voilà donc nos appréciations sur le cumul confirmées. Dès que l'on admet à concourir les deux quotités disponibles, l'on n'a aucune raison pour ne pas les cumuler, la loi ne l'ayant pas défendu. La règle posée comme axiome de droit par Toullier, et acceptée par tous comme la seule barrière à opposer au cumul, n'a aucune valeur.

Mais comment après avoir rejeté cette règle et admis

le cumul dans une hypothèse, M. Réquier peut-il le repousser dans les autres? Historiquement aussi bien que juridiquement, le cumul s'impose à tous ceux qui admettent le concours.

C'est encore dans les travaux préparatoires qu'il va chercher une arme pour le combattre. « Dans l'économie du projet, nous dit-il, l'époux pouvait recevoir la quotité disponible ordinaire et un supplément d'usufruit pris sur la réserve; s'il avait été gratifié du disponible de droit commun, que restait-il pour un étranger? Rien; il ne pouvait donc pas y avoir cumul; et aujourd'hui encore il en est de même, la quotité seule ayant changé, le principe étant resté identique. »

Ce raisonnement serait irréfutable s'il était manifestement prouvé que le disponible en propriété destiné à l'époux se confond avec le disponible établi pour les étrangers; la question du cumul ne pourrait seulement pas être soulevée. Mais le texte de l'art. 1094, reproduction exacte de l'art. 151 du projet, peut parfaitement s'interpréter d'une manière différente. Ne peut-on pas soutenir que le disponible de droit commun est cité simplement comme mesure de ce qu'un époux peut donner à son conjoint? Pourquoi prétendre que c'est le même disponible en propriété qui est réservé aux deux donataires, plutôt que reconnaître que c'est une quotité équivalente qui est attribuée à chacun? — Cette interprétation conduit tout droit au cumul, objecte-t-on. Précisément, nul partisan du concours ne

saurait y échapper, et les adeptes de la nouvelle théorie encore moins que tout autre, puisqu'ils ont supprimé la règle édictée par la jurisprudence pour l'interdire. Leur prétention de lui opposer comme barrière une impossibilité matérielle, repose uniquement sur une appréciation de la volonté du législateur, d'autant plus contestable qu'au moment de la rédaction du Code le cumul était admis.

Ainsi les travaux préparatoires ne sauraient donner à cette doctrine ni une base bien solide pour s'établir, ni des arguments sérieux pour se défendre.

D'autre part, cette distinction entre les libéralités faites au conjoint en propriété et celles faites en usufruit est par trop factice pour qu'on puisse raisonnablement lui attribuer le pouvoir de modifier la quotité disponible. Il est facile de concevoir que la qualité et le nombre des réservataires exercent une influence sur le montant du disponible; les art. 913 et 915 qui renferment le droit commun sur la matière n'ont pas d'autre base. La personne du donataire peut encore être prise en considération pour la dénomination du disponible, c'est justement là le trait caractéristique du disponible exceptionnel établi par l'art. 1094 au profit de l'époux. Mais il n'est pas admissible que le disponible varie suivant que la libéralité est faite en propriété ou en usufruit. En effet, si la valeur de l'usufruit est moindre que celle de la propriété, elle n'en existe pas

moins, et peut très facilement être ramenée au même titre.

Pourtant, toute évaluation d'usufruit est vivement combattue par M. Réquier. C'est même là en quelque sorte un argument en faveur de son système, qui permet presque toujours d'éviter ces appréciations. Contraint par l'enchaînement des idées, nous avons exposé précédemment, un peu par anticipation peut-être, les raisons qui nous permettent de ne pas être arrêté par cette objection. Ici nous nous bornerons à relever à nouveau l'échec que s'inflige ce système lorsqu'il reconnaît, dans certaines hypothèses, la nécessité d'évaluer l'usufruit; il se bat en brèche lui-même et facilite singulièrement notre tâche.

En résumé, toute cette doctrine brillante n'est qu'un essai de palliatif aux conséquences de la théorie du concours. Elle ne repose que sur des considérations spécieuses, mais peu résistantes. Elle montre une fois de plus la mauvaise voie dans laquelle s'engagent tous ceux qui admettent les étrangers à concourir avec les époux sur le disponible spécial.

γ. Reste à étudier l'hypothèse de dispositions simultanées. Tout d'abord il faut préciser les cas où cette simultanéité se rencontre. Si le disposant a eu recours à la forme de la donation entre-vifs, elle n'existe qu'autant que l'étranger et l'époux ont été gratifiés par le même acte. Si le disposant a employé la forme testamentaire,peu importe que les deux legs soient conte-



nus dans le même testament ou dans des testaments différents, puisque toutes les libéralités testamentaires sont réductibles au marc le franc, quelle que soit la date des testaments qui les renferment. Ceci posé, examinons l'attitude prise par les systèmes précédemment exposés. Est-il utile de constater que notre doctrine repousse le concours aussi bien dans cette hypothèse que dans toute autre? Ce serait superflu si nos adversaires ne nous donnaient pas l'exemple d'une incroyable inconséquence. Qu'y a-t-il de changé entre le cas présent, et celui de donations faites par actes successifs? A peine une question de forme. Pourtant ici toute dissidence entre le premier et le second système a complètement disparu. L'un et l'autre admettent le concours. La Cour de cassation ne tient plus compte de l'ordre des dates ; elle n'invoque plus la volonté du disposant, elle ne défend plus à l'étranger de tirer parti de l'excédent du disponible destiné aux conjoints. La jurisprudence est ferme dans ce sens depuis l'arrêt de rejet du 20 décembre 1847 (Sirey, 1848, 1, 231) ; elle a complètement adhéré aux conclusions du rapport de M. le conseiller Mesnard, qui s'exprimait en ces termes : « Que la condition de date soit déterminante lorsque les dispositions sont faites par actes séparés, il faut bien l'admettre, puisque c'est aujourd'hui la base de votre jurisprudence sur cette question. Mais quand les deux libéralités, au lieu de résulter de deux actes séparés, seront écrites dans le même acte,

eodem tempore, *eodem contextu*, faudra-t-il se laisser préoccuper de la condition de priorité au point de rechercher minutieusement dans cet acte laquelle des deux libéralités est sortie la première de la bouche ou de la plume du disposant? Faudrait-il que quelques minutes ou quelques lignes d'intervalle suffisent pour déterminer le sort des libéralités? La quotité la plus étendue sera-t-elle ou non disponible, selon qu'on aura commencé dans l'acte par nommer le conjoint ou l'enfant? Tout dépendra-t-il d'une intention involontaire ou dont peu de gens comprendront l'irritante signification? Un grand principe de droit et ses larges conséquences resteront-ils ainsi à la merci d'un capricieux arrangement de syllabes et de l'accident le plus vulgaire? C'était bien assez, peut-être, de décider que la priorité de la disposition déterminée par la date de l'acte séparé qui contient cette disposition suffisait pour décider du sort ou de l'étendue d'une disposition postérieure. Vous aurez à vous demander si l'on doit pousser la rigueur de ce système jusqu'au point de ne plus voir de simultanéité dans les clauses d'un même acte, et de faire effort pour séparer, par des intervalles de temps souvent arbitraires, des dispositions essentiellement contemporaines ou auxquelles on ne peut assigner d'autre élément d'antériorité relative que le moment fugitif employé par le disposant pour exprimer ou manifester sa volonté. » Le rapporteur paraît ne pas approuver le système admis pour l'hypothèse



précédente, rien d'étonnant qu'il en propose un autre pour celle-ci. Mais qu'en prenant une semblable décision, la Cour suprême se soit mise en contradiction avec elle-même, c'est ce qu'il est bien facile de démontrer. Pour tenir compte de l'ordre des dates des donations faites par actes successifs, la Cour invoque deux motifs principaux : la volonté du donateur, et l'impossibilité pour l'étranger de profiter de l'extension accordée par l'art. 1094. Or, si l'intention du disposant peut avoir la moindre influence en cette matière, n'est-il pas certain qu'il entend toujours se ménager le disponible le plus étendu. Et d'autre part, est-ce que le légataire étranger ne va pas tirer parti de la qualité de son colégataire pour échapper à une réduction qui l'atteindrait autrement? Que l'époux lui-même soit intéressé à invoquer le disponible le plus considérable, nous n'en disconvenons pas; mais comment cet intérêt pourrait-il permettre à l'étranger de profiter d'une quotité à laquelle on lui interdisait de toucher? On sent parfaitement que la jurisprudence manque de principe en cette matière, et qu'elle se laisse dicter ses arrêts par des considérations de fait. Elle reconnaît que l'étranger ne saurait se prévaloir de l'art. 1094, mais elle désire que l'époux en recueille le bénéfice; de là son refus d'admettre le concours lorsque le conjoint n'y est pas intéressé, et au contraire sa résignation à le subir lorsque le conjoint est menacé d'être soumis aux limites de droit commun.

De ce qu'un système a désarmé, il ne faudrait pas conclure que le concours pur et simple recueille enfin une fois l'unanimité des suffrages de ceux qui admettent l'étranger à concourir avec l'époux sur le disponible spécial. La doctrine nouvelle basée sur la distinction entre les libéralités faites au conjoint en propriété et celles faites en usufruit conserve toutes ses prétentions. Ses arguments, nous les connaissons, ils ne gagnent ni ne perdent au changement d'hypothèse. Ses solutions sont conformes à ses principes. Si le disposant a légué à son conjoint un quart en propriété et à un étranger un quart en usufruit, les deux dispositions devront être réduites proportionnellement. « Il y a excès, nous dit M. Benech (*De la quotité disponible entre époux*, p. 265), dans le concours de ces deux libéralités. Et cet excès ne vient pas de leur somme ni des quotités distribuées ; mais bien de la nature de la distribution qui en a été faite : « fecit quod « non potuit, non fecit quod potuit. » Notons ce qu'il y a d'étrange à dire qu'il y a excès sur une quotité sans qu'elle soit dépassée. L'excès ne serait donc plus une question de plus ou de moins, ce serait une question de manière. Si au contraire le conjoint a reçu le quart en usufruit et l'étranger le quart en propriété, les deux legs s'exécuteront sans réduction. De même si l'époux a été gratifié de la moitié en usufruit et l'étranger du quart en nue propriété. Cette dernière dé-

cision ne manque pas de singularité, elle a pour résultat de transformer la deuxième alternative de l'article 1094 en une disposition de faveur destinée à étendre le disponible. En effet, qu'un époux dispose au profit de son conjoint d'un quart en propriété en vertu de la première alternative de l'art. 1094 : il ne pourra plus faire de legs à un étranger sans entraîner par là même la réduction du legs fait à son conjoint. A-t-il eu la précaution de se placer dans la deuxième alternative en disposant de la moitié en usufruit, ce qui est généralement plus avantageux pour le conjoint ? Nous venons de dire qu'il pourra encore léguer à un étranger le quart en nue propriété. La deuxième alternative de l'art. 1094 lui aura donc fourni le moyen d'élever sa quotité disponible ; de telle sorte qu'édictée pour protéger les réservataires même contre les époux elle se transforme en une arme contre eux au service d'un étranger. De pareilles conséquences ne sont vraiment pas destinées à recommander le système qui les inspire.

De cette étude des diverses théories sur la combinaison des libéralités faites par un époux, les unes à son conjoint, les autres à un étranger, nous espérons avoir démontré que tout essai de concours est stérile, et que pour échapper au cumul, il faut accepter la doctrine de l'unité et de l'indivisibilité de la quotité disponible spéciale. Il nous reste à aborder les difficultés

qu'entraîne la réduction de ces libéralités quand elles sont excessives; et cet exposé sera une nouvelle consécration de notre système qui permet presque toujours d'échapper à ces calculs aussi délicats que complexes.

CHAPITRE III

DE LA RÉDUCTION DES LIBÉRALITÉS EXCESSIVES
CONCLUSION

Savoir quelle est la quotité disponible à consulter au cas de libéralités s'adressant les unes à un conjoint, les autres à un étranger, tel a été le but de nos précédentes recherches; il s'agit à présent de découvrir les règles à appliquer à la réduction de ces mêmes libéralités. Rappelons le droit commun. A l'égard des donations entre-vifs, l'art. 923 prescrit de n'y toucher qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires, et lorsqu'il y a lieu à réduction, de la faire en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes. A l'égard des legs, l'article 926 décide que la réduction sera faite au marc le franc sans aucune distinction entre les legs universels et les legs particuliers; et l'on étend l'application de cet article aux donations entre-vifs faites par le même acte.

Pour reconnaître si les principes ordinaires doivent être respectés dans notre hypothèse, il faut mettre en lumière ce qu'elle présente de particulier. En général, toutes les dispositions sont soumises au même disponible. Ici, au contraire, la libéralité faite au conjoint et celle faite à l'étranger relèvent d'une quotité différente.

Dès lors, dans le cas où une donation faite à l'époux excédera la quotité de l'art. 1094, sans que le disponible de l'art. 913 ne soit dépassé, par qui la réduction pourra-t-elle être demandée? Est-ce seulement par l'enfant, héritier réservataire, ou même aussi par des légataires ou des donataires postérieurs? Par exemple, une personne laisse un enfant à son décès; elle a donné par contrat de mariage à son conjoint la moitié de ses biens en propriété; et elle a légué à un étranger un quart en nue propriété; ce légataire pourra-t-il exercer l'action en réduction? — Trois systèmes se trouvent en présence :

D'après le premier, l'action en réduction appartient au légataire étranger qui pourra directement l'exercer contre le conjoint.

D'après le second, l'action en réduction n'appartient pas au légataire étranger, mais il pourra arriver dans certains cas à faire restreindre la donation faite au conjoint, au moyen d'une action contre le réservataire.

Enfin, le troisième refuse toute action au légataire

étranger, et c'est là, ce nous semble, l'opinion la plus conforme aux principes. Nous allons essayer de le prouver, d'abord en montrant que les systèmes contraires sont en contradiction absolue avec les textes: ensuite en invoquant l'esprit même de la loi.

Comment, en effet, peut-on accorder au légataire étranger une action en réduction contre le conjoint en présence des termes précis du Code? L'art. 921 ne déclare-t-il pas formellement que la réduction des dispositions entre-vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve; et n'ajoute-t-il pas avec plus de netteté encore si c'est possible que les donataires pas plus que les légataires ne pourront ni demander cette réduction, ni en profiter?

Cependant, le premier système fait valoir un argument assez subtil. Il soutient que l'art. 921 est dominé par le principe général que l'intérêt est la mesure des actions, et que lorsque l'on trouve une personne intéressée à demander la réduction, il faut lui en accorder le droit sans tenir compte des dispositions prohibitives.

Est-ce là un raisonnement bien juridique? Les auteurs les plus autorisés ne le pensent pas, et refusent au légataire étranger l'action en réduction; mais ils arrivent le plus souvent au même résultat en lui accordant une action contre le réservataire. D'après ce second système, il faudrait distinguer deux hypothèses. S'il n'y avait pas d'autres biens dans la succession que

ceux qu'y ferait rentrer le retranchement subi par le conjoint, le légataire étranger n'y aurait aucun droit. Au contraire, s'il pouvait réclamer l'exécution de son legs sur les biens existants dans la succession du disposant, et s'il était recherché en réduction par l'enfant réservataire, il pourrait exiger que les dispositions faites au conjoint soient avant tout réduites à la mesure légale. En se défendant de cette manière contre l'action en réduction du réservataire, le légataire étranger, dit-on, ne demande pas lui-même la réduction des dispositions faites à d'autres personnes ; il prétend bien moins profiter d'une pareille réduction, qu'il ne cherche à conserver ce dont le défunt a valablement pu disposer en sa faveur.

Mais comment comprendre que le légataire étranger qui verrait tomber son legs si l'époux n'était pas réduit, ne profite pas de la réduction ? Et n'est-ce pas la demander que de l'opposer par voie d'exception ? Il nous paraît évident que si l'art. 921 s'oppose à ce que le légataire étranger exerce directement une action en réduction contre le conjoint, il ne s'oppose pas moins à ce qu'il obtienne cette réduction par un moyen détourné. Et du reste quel a été le but du législateur en édictant un disponible spécial pour les époux ? Comme le dit fort bien la Cour de Bordeaux dans son arrêt du 7 décembre 1858 (Dalloz, 1863, 2, 126), rendu conformément à la doctrine que nous essayons de soutenir : « La restriction apportée par l'art. 1094 à la faculté

ordinaire de disposer n'a été admise que dans l'intérêt des enfants, comme le prouvent surabondamment la lettre et l'esprit du texte de loi précité. » -- Les héritiers à réserve ont le pouvoir de critiquer la donation faite au conjoint, parce que la loi crée à leur profit un droit propre à cet effet; mais l'étranger, simple donataire ou légataire, ne saurait avoir la même faculté. Il tient uniquement son droit du testateur, et il ne peut jouir d'un pouvoir plus étendu que celui-ci. Or l'époux qui a fait une donation de biens présents par contrat de mariage à son époux ne peut la révoquer d'aucune manière, et en supposant que ce fût une donation de biens à venir, il ne peut disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation que pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. Ainsi l'étranger donataire postérieur ou légataire n'a ni par lui-même, ni par son auteur, aucun droit à demander la réduction de la donation faite à l'époux au delà des termes de l'art. 1094.

Au cas de legs, le défaut de mesure commune entraîne des complications multiples. Pourtant notre doctrine nous permet, d'une part, d'éviter le plus souvent cet écueil; d'autre part, de le surmonter assez facilement lorsque nous sommes obligé de l'affronter. En effet, c'est uniquement au cas où le disponible spécial est inférieur au disponible ordinaire que nous nous trouvons en présence de deux quotités différentes, et nous allons démontrer que les principes généraux

suffisent à résoudre la question soulevée. Si, au contraire, le disponible spécial est le plus fort, nous savons qu'il ne peut être attribué qu'à l'époux; donc pas de difficultés. Mais la théorie du concours a créé des lois pour déterminer dans cette hypothèse un disponible de convention, et il faut qu'elle continue à édicter des règles pour que la réduction se fasse conformément à ses décisions. Le spectacle des vains efforts de ses partisans pour trouver la clef du problème insoluble qu'ils se sont posé ne serait qu'un argument de plus en faveur de notre thèse, et nous n'aurions qu'à les exposer dans toute leur stérilité, s'ils n'avaient pas eu comme résultat fâcheux de rejaillir sur les solutions à prendre au cas où le disponible de droit commun est supérieur. — Avant d'aborder l'examen des divers systèmes issus du concours des libéralités mixtes sur la quotité de faveur, il faut déblayer le terrain et produire les raisons qui nous engagent à recourir au droit commun lors même que nous sommes en face de deux disponibles différents à appliquer.

Ceci arrive quand la quotité fixée par l'art. 1094 est moindre que la quotité déterminée par l'art. 913. La réduction doit se faire de telle sorte que l'époux soit renfermé dans les limites de la quotité qui lui est propre. Si la libéralité qui lui est faite n'est pas supérieure à ce disponible, ce résultat s'impose de lui-même. Si elle lui est supérieure, ou bien la réduction proportionnelle la renfermera dans les termes qui lui sont im-

posés, et tout se passera comme si dès le début elle ne les eût pas dépassés; ou bien elle restera outrée, et sur la demande des héritiers réservataires elle devra être ramenée au maximum qui lui est spécial.

Ce système est simple et conforme aux principes. Pourtant, la Cour de cassation le repousse. Tant sur le mode de réduction que sur la désignation des personnes qui peuvent l'invoquer, elle a adopté des solutions différentes. L'hypothèse où le disponible ordinaire est supérieur subit le contre-coup des théories inventées pour régler le concours dans l'hypothèse où il est inférieur.

D'après sa jurisprudence, il faut prendre pour base de la réduction la quotité la plus faible, qui est la mesure commune, et faire une attribution supplémentaire au profit de celui qui pouvait recevoir la plus forte quotité. Dans l'arrêt du 4 janvier 1869 (Dalloz, 1869, 1, 10), la Cour suprême a adopté ce système justement dans un cas où l'art. 1094 restreignait à l'égard de l'époux la quotité disponible de droit commun. Voici l'espèce sur laquelle il a été rendu.

Une dame avait fait donation à son mari, dans son contrat de mariage, de l'usufruit de tous ses biens. Elle décéda laissant un seul enfant. Par deux testaments, elle avait fait des legs en propriété au profit de son mari et de diverses personnes. Ces legs et donation excédant les quotités disponibles fixées par les articles 913 et 1094, un débat s'engagea entre le conjoint

et les autres légataires de sa femme sur la réduction de leurs legs. — Au point de vue de la manière d'opérer la réduction des legs, la Cour d'Orléans avait décidé que les légataires étrangers devaient d'abord prélever un quart de la nue propriété pour eux seuls, et que l'autre quart disponible devait être partagé entre ces mêmes légataires, s'ils n'étaient pas remplis de ce qui leur revenait, et le conjoint, au prorata chacun de son legs.

Le ministère public donna des conclusions conformes en ces termes : « Sans doute, l'art. 926 dispose que, dans le cas où les libéralités testamentaires excèderont soit la quotité disponible, soit la portion de cette quotité qui resterait après avoir déduit la valeur des donations entre-vifs, la réduction sera faite au marc le franc, sans aucune distinction entre les legs universels et les legs particuliers ; mais cet article, en disposant ainsi, considère que tous ceux qui prendront part aux biens héréditaires ont, tous, des droits égaux sur les valeurs, qui seront mises en distribution. Dès lors, il est tout naturel que l'on fasse une seule masse de tous les biens, et que chacun des légataires vienne sur cette masse, au marc le franc, et au prorata de son legs. Mais cette disposition cesse, évidemment, d'être applicable lorsque, comme dans l'espèce, parmi les légataires il y en a qui ont droit à tout ce qui reste disponible et d'autres qui n'ont droit qu'à une partie de ce disponible. Dans ce cas, ceux qui ne peuvent pren-

dre part qu'à une certaine partie du disponible ne peuvent pas exercer leur marc le franc sur les biens placés par la loi en dehors et au delà de leurs droits. Il faut nécessairement alors, comme la Cour d'Orléans l'a jugé, que la partie du disponible qui ne peut être attribuée qu'à certains légataires appartienne exclusivement à ceux-ci. » La Cour approuva ces conclusions, et depuis lors sa jurisprudence est ferme en ce sens.

Mais le pourvoi n'avait-il donc pas raison lorsqu'il soutenait que ce prélèvement fait au profit des légataires étrangers était une violation flagrante de l'art. 926? La réduction doit se faire au marc le franc sans aucune distinction, tel est le droit commun. Quel texte nous permet d'introduire une exception pour le cas qui nous occupe? L'art. 1094 impose, il est vrai, des limites particulières aux dispositions entre époux. Nous les respectons en ne donnant pas au conjoint une quotité supérieure au maximum disponible en sa faveur. En établissant pour les époux un disponible spécial, tantôt supérieur, tantôt inférieur au disponible ordinaire, le législateur s'est placé à un double point de vue : d'une part il a voulu que le conjoint soit toujours assuré d'une situation digne dans le veuvage; d'autre part, il a cherché à protéger l'enfant contre les faiblesses de l'affection conjugale en restreignant à l'égard de l'époux un disponible par trop considérable. La jurisprudence, par sa décision, va à l'encontre de l'intention de la loi : elle restreint les libéralités faites à l'époux non pas

dans l'intérêt des réservataires, mais uniquement dans celui des autres bénéficiaires. Elle n'est pas moins en contradiction avec l'intention du disposant, qui désirant donner à son conjoint plus que l'art. 1094 ne le lui permettait, a certainement voulu le gratifier de tout ce qui était disponible à son égard. Or, si la volonté du disposant ne doit pas être prise en considération lorsqu'il s'agit de déterminer le disponible, puisque c'est contre cette même volonté que la loi élève des barrières, elle joue, au contraire, un rôle décisif lorsqu'il s'agit de distribuer la quotité qui lui est attribuée. Et c'est justement sur l'intention probable du testateur que repose l'art. 926.

Du reste, ce n'est pas seulement l'art. 926 qui est violé par la jurisprudence; elle ne respecte pas davantage l'art. 922. Cet article décide que la réduction se déterminera en formant une masse de tous les biens existants au décès du disposant. Or, avec son système, la Cour de cassation est amenée à créer deux masses dont l'une est mise à l'abri de toute réduction.

On ne saurait écarter l'autorité de ces textes sous prétexte que les différents bénéficiaires n'ont pas droit au même maximum. Tout ce qui en résulte, c'est que leur maximum respectif ne doit pas être dépassé. Or, nous le répétons, ou bien le legs fait à l'époux est supérieur à l'art. 1094, ou bien il lui est inférieur. S'il est inférieur, rien de particulier; s'il est supérieur il devra être ramené dans ces limites soit par la réduc-

tion proportionnelle, soit par une réduction postérieure sur la demande des héritiers réservataires. Il n'y a donc aucun motif pour ne pas appliquer le droit commun sur la réduction, auquel dans le silence de la loi les principes commandent de recourir.

Nous devons faire remarquer que les mêmes solutions seraient exactes s'il s'agissait de réduire des libéralités faites à un second époux et à un étranger. Il faudrait appliquer les règles ordinaires telles qu'elles sont écrites dans les art. 923 et suivants, en tenant compte seulement de la différence qui existe dans la mesure de la quotité disponible au profit du nouvel époux.

Si l'on eût admis que les libéralités faites cumulativement à des étrangers et à un conjoint devaient toujours se renfermer dans les limites de l'art. 913, il est probable que tout le monde eût été d'accord pour reconnaître l'exactitude de nos propositions. Les règles générales de la réduction s'appliqueraient plus simplement encore dans le cas où la quotité disponible spéciale est la plus forte puisque le disponible de droit commun serait le seul à considérer. Mais nous savons que les auteurs et les tribunaux sont presque unanimes à admettre le concours des dispositions faites en faveur d'un étranger et d'un époux jusqu'à concurrence du disponible de l'art. 1094. Obligés de créer des systèmes compliqués pour empêcher que l'étranger ne profite d'une quotité instituée uniquement en

faveur de l'époux, ils ont été amenés à les transporter dans l'hypothèse précédente. Or les difficultés qu'amène le concours sont d'autant plus grandes qu'ici il s'agit bien réellement d'effectuer une réduction, non pas dans l'intérêt de l'héritier à réserve, mais dans celui d'un des bénéficiaires. Au reste, le rôle de l'interprète devient encore plus ardu par suite de l'abstention du législateur. Le plus souvent l'on signale comme une lacune le fait que la section du disponible entre époux ne contient aucune règle particulière sur la réduction; et l'on ajoute que ce n'est pas le seul reproche qu'on puisse faire au Code, car par un vice de méthode dans l'ordre des matières, les règles de la réduction sont intercalées entre les deux disponibles. Ces critiques ne nous semblent nullement fondées. Et d'abord si le Code ne traite pas la question de réduction au cas où le disponible spécial est distribué entre plusieurs personnes, c'est que l'art. 1094 ne permet de disposer qu'en faveur d'une seule personne, l'époux. Et ceci admis il est impossible de ne pas reconnaître que le Code donne la règle et la mesure de la réduction des libéralités entre époux dans l'article qui sert de sanction aux conditions particulières qu'il leur impose. En effet, après avoir indiqué les modifications apportées aux principes ordinaires sur les donations lorsque celles-ci ont lieu entre époux, l'art. 1099 s'exprime en ces termes : « Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est per-

mis par les dispositions ci-dessus. Toute donation ou déguisée, ou faite à personne interposée, sera nulle. » Ainsi, il faut distinguer les libéralités indirectes et les libéralités déguisées ou faites à personnes interposées ; les premières sont valables, mais sujettes à être réduites si elles sont excessives ; les secondes sont nulles. (Arrêt de la Cour de Montpellier du 28 février 1876 ; Dalloz, 1879, 2, 249 ; et note de M. Jules Janet.)

Quant à la place occupée par les règles sur la réduction, elle se comprend parfaitement. Si elles suivent immédiatement la section consacrée à la fixation de la quotité disponible ordinaire, c'est que la loi prévoit que cette quotité pourra être partagée entre plusieurs bénéficiaires. Si elles sont séparées par de nombreux textes de la fixation du disponible entre époux, c'est qu'il n'y a qu'un époux, et que la loi n'autorise pas la distribution de ce disponible exceptionnel entre l'époux et des étrangers.

Pourtant la question de réduction pourrait se présenter sur le disponible spécial au cas où une personne aurait contracté des mariages successifs. La réunion de libéralités faites à plusieurs époux suppose forcément que les premières ont été des donations par contrat de mariage. Si donc il y a lieu à réduction, l'on commencera par réduire les libéralités faites au dernier conjoint et l'on attaquera ensuite par ordre de dates les donations faites aux précédents époux. Il faudra seulement tenir compte de la restriction que

10

l'art. 1098 apporte à l'égard des seconds conjoints au disponible de l'art. 1094. C'est-à-dire que les libéralités faites aux nouveaux conjoints devraient être réduites lors même que, réunies à celle faite au premier époux, elles ne dépasseraient pas le disponible de l'article 1094, si elles-mêmes étaient supérieures au disponible de l'art. 1098.

Après avoir établi que le Code ne méritait aucun reproche, examinons les systèmes qui se sont produits pour suppléer à son silence.

Toullier, Delvincourt, Marcadé et Boutry ont successivement proposé une solution différente. D'après Toullier, si les libéralités à réduire ont été faites par acte entre-vifs, la réduction doit porter sur la dernière donation et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes, conformément à l'art. 923. Et de même si les dispositions excessives faites en faveur d'un époux et d'un étranger ont été faites par le même testament ou par différents testaments, c'est la règle générale établie par l'art. 926 qu'il faut appliquer; la réduction doit donc être faite au marc le franc à moins que le testateur n'ait manifesté la volonté que l'un des legs soit acquitté de préférence à l'autre, auquel cas d'après l'art. 927 le legs qui en sera l'objet ne sera réduit qu'autant que la valeur des autres ne suffirait pas à parfaire la réserve légale. Et Toullier ajoute que si une Cour avait décidé que l'art. 926 n'est point applicable aux legs faits cumulativement à l'époux et à

un étranger, son arrêt aurait été exposé à la cassation, car la disposition de cet article est générale, et les juges ne peuvent faire une exception qui n'est pas dans la loi.

Il se trompait; en effet, sa doctrine proposée par nous-même pour l'hypothèse où le disponible spécial est restrictif, ne saurait être acceptée par la jurisprudence : elle viole une des règles qui servent à soutenir sa théorie sur le concours, à savoir que l'étranger ne doit pas profiter de l'extension de disponible établie en faveur de l'époux.

Aussi la jurisprudence s'est-elle prononcée en faveur du système de Delvincourt, qu'on peut formuler en ces termes : il faut adopter pour base de la réduction la quotité la plus faible, et ensuite faire une attribution supplémentaire au profit de celui qui peut recevoir la plus forte quotité. Nous avons vu que ce système était également proposé pour le cas où la quotité disponible ordinaire est la plus forte, et nous espérons l'avoir complètement réfuté, ce qui nous dispensera de montrer encore une fois qu'il viole les dispositions les plus formelles du Code.

Le système de Marcadé n'est qu'une modification du précédent; il admet en effet la réduction proportionnelle d'après la plus faible quotité. Mais il trouve qu'il est injuste qu'après avoir fait concourir sur le même disponible le donataire appelé à la plus forte quotité avec le donataire appelé à la plus faible, cha-

cun pour tout le montant de sa donation, on fasse encore prendre exclusivement au premier ce qui reste disponible d'après la plus forte quotité. Aussi propose-t-il de faire subir provisoirement à la libéralité faite au donataire le plus favorable une diminution proportionnelle à celle qu'on fait, provisoirement aussi, subir à son disponible, et lui attribuer ensuite exclusivement ce qui reste encore disponible pour lui seul. Par exemple une personne décède laissant trois enfants; elle a légué à son conjoint un quart de sa fortune en propriété et un quart en usufruit, et à un étranger un quart en propriété. Il faudrait réduire ces libéralités comme si le disponible n'était à l'égard des deux légataires que d'un quart en propriété. Si l'on estime l'usufruit moitié moins que la propriété, la quotité disponible pour l'époux serait diminuée d'un huitième, eh bien, l'on devrait faire subir à son legs une diminution équivalente. Ce calcul établi, l'excédent du disponible spécial appartiendrait uniquement au conjoint.

Ce système est considéré par M. Boutry comme seul exact au fond; mais la forme ne lui en paraît pas pleinement satisfaisante, et il lui apporte une simplification. Au lieu de s'appuyer sur une sorte de fiction, gênante parfois, et qui n'empêche pas l'estimation de l'usufruit, il faut distinguer, dans la libéralité faite au donataire le plus favorable, la portion qu'il peut seul recevoir soit en propriété, soit en usufruit, pour la pré-

lever réellement à son profit exclusif; ceci fait, on réduit proportionnellement d'après le plus faible disponible, qui est devenu commun. De cette manière, chacun reçoit exactement ce qui lui revient.

L'avantage de cette simplification serait, d'après M. Boutry, d'éviter le recours à une fiction, de ne pas nécessiter l'emploi de fractions multipliées, de rendre enfin presque toujours inutiles les estimations d'usufruit. Mais seulement presque toujours, car l'estimation serait encore quelquefois nécessaire. Nous retrouvons là un des points faibles de la théorie qui propose de combiner les deux disponibles au moyen d'une distinction entre les dispositions faites en faveur du conjoint en usufruit et celles faites en propriété. Un de ses principaux arguments consiste à prétendre que les estimations d'usufruit sont prohibées par le Code. Or, elle-même est également obligée d'y avoir recours parfois. Par exemple dans l'hypothèse de trois enfants, si la donation faite au conjoint est de la moitié en usufruit et celle faite à l'étranger du quart en propriété, après avoir prélevé un quart en usufruit au profit de l'époux, il faut estimer l'autre quart pour faire une distribution proportionnelle entre sa valeur et celle du quart en propriété.

Si l'on compare les résultats différents obtenus par ces divers procédés de réduction, au cas de trois enfants communs et de dispositions cumulatives des deux quotités, l'usufruit étant censé avoir une valeur

moindre de moitié que la propriété, l'on trouve en nombres fractionnaires les résultats suivants :

Toullier réduit l'étranger à 6/40 et l'époux à 9/40; Delvincourt réduit l'étranger à 4/40 et l'époux à 11/40; Marcadé réduit l'étranger à 5/40 et l'époux à 10/40; enfin Boutry lui-même qui donne ces proportions réduirait l'étranger à 5/40 et l'époux à 5/40 en propriété et 10/40 en usufruit.

Si l'on prend des exemples en sommes d'argent, et que nous supposions le patrimoine du défunt de 24,000 fr., l'on verra que Toullier donne à l'étranger 3,600 francs et au conjoint 5,400; Delvincourt, à l'étranger 2,400 francs et au conjoint 6,600 francs ; Marcadé, 3,000 francs à l'étranger et 6,000 francs au conjoint; quant à Boutry, après avoir prélevé 6,000 francs en usufruit pour le conjoint, il lui donne encore en propriété 3,000 francs de même qu'à l'étranger. En présence des différences que présentent les résultats de la réduction suivant qu'elle est faite d'après tel ou tel systèmo, on voit avec quelles difficultés vraiment inextricables sont aux prises les partisans du concours. Sans doute, de pareilles conséquences ne recommandent pas une doctrine, et constituent un puissant auxiliaire aux arguments que nous avons déjà présentés pour démontrer que les libéralités mixtes doivent se combiner sans cumul, ni concours.

Après avoir constaté que la législation des libéralités entre époux formait un tout complet et homogène,

nous avons reconnu que la combinaison de libéralités s'adressant les unes à un conjoint, les autres à un étranger, constituait un élément absolument nouveau. De l'étude impartiale des divers systèmes proposés pour établir le rapport entre les principes ordinaires et les règles édictées en faveur du conjoint, il nous a été permis de conclure que les efforts des jurisconsultes les plus éminents n'ont pu aboutir qu'à soulever des difficultés insurmontables. Admettre que les deux quotités disponibles puissent se cumuler, c'est anéantir la réserve ; se borner à les faire concourir est illusoire, et ramènerait fatalement au cumul, si l'interprète n'était pas sorti de son rôle et n'avait pas créé la loi. Enfin nous venons de voir les partisans du concours aux prises avec des complications inouïes pour réduire les libéralités excessives conformément à leurs théories. Cependant, nous le savons, il n'y a pas collision entre les divers textes sur la matière ; le conflit naît seulement d'essais malheureux de conciliation, et si dans le silence du Code on applique purement et simplement les principes généraux au lieu de les combiner avec les règles d'exception, l'on découvre vite la solution de toutes les difficultés qui peuvent se présenter. La thèse que nous avons tenté de présenter se trouve donc fortifiée par la faiblesse même des théories contraires. Du reste, jamais nous n'aurions entrepris de soutenir une doctrine repoussée par les auteurs les plus considérables, si eux-mêmes ne s'étaient mutuellement combattus à outrance.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. La donation à cause de mort a toujours été permise entre époux, mais elle devait être essentiellement révocable par la volonté du conjoint donateur.

II. La donation à cause de mort entre époux était toujours soumise à la condition suspensive du prédécès du donateur, se réalisant sans effet rétroactif, sauf intention contraire du donateur formellement exprimée.

III. Si la donation à cause de mort entre époux portait sur une *res aliena*, l'usucapion commençait à courir immédiatement ou seulement à l'arrivée de la condition, suivant que celle-ci s'accomplissait avec ou sans rétroactivité.

IV. La *media capitis deminutio* du donateur n'entraînait pas la caducité de la donation à cause de mort entre conjoints.

V. Il y avait dissentiment entre Papinien et Ulpien sur la portée du sénatus-consulte de Caracalla au point de vue des donations réalisées par stipulation.

VI. La donation entre époux se trouvait confirmée en vertu du sénatus-consulte dès que le donateur n'avait pas survécu au donataire sans qu'il fût nécessaire de prouver le prédécès du premier.

VII. Il n'était pas nécessaire pour qu'il y ait *capitis deminutio* qu'il y ait déchéance dans l'aptitude juridique de la personne.

VIII. La tutelle légitime de la femme pubère avait été établie moins dans son intérêt que dans celui de son tuteur.

IX. Le consentement des enfants est nécessaire pour leur légitimation, mais il suffit qu'ils ne manifestent pas d'opposition.

X. Les *responsa prudentium* ont été une des sources du *jus scriptum*, à partir du règne d'Adrien.

DROIT FRANÇAIS

I. L'art. 1094 fixe d'une manière invariable la quotité disponible entre époux.

II. Pour faire déterminer sa réserve, l'enfant naturel peut opposer au conjoint l'art. 1094.

III. L'époux, qui dispose en faveur de son conjoint de l'usufruit de la réserve de l'ascendant, ne peut pas le dispenser de fournir caution.

IV. Le disponible déterminé par l'art. 1094 est spécial au conjoint, et ne saurait être divisé entre lui et des étrangers.

V. La réduction des libéralités excessives, faites les unes à un époux, les autres à un étranger, doit être faite suivant les principes du droit commun.

VI. Lorsqu'il y a lieu à réduire les libéralités faites à l'époux par suite de l'art. 1094, sans que le disponible de l'art. 913 soit dépassé, cette réduction ne peut être demandée que par l'enfant, héritier réservataire.

VII. L'interdit peut valablement se marier dans un intervalle lucide.

VIII. Le jugement qui condamne un héritier en qualité d'héritier pur et simple n'a d'effet qu'entre les parties.

IX. La prescription ne s'applique pas aux actions en nullité absolue.

X. Le mari, qui aux termes de l'art. 1435 du Code civil a fait une acquisition avec déclaration de remploi pour sa femme, doit être considéré comme le gérant d'affaires de celle-ci.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. L'Assemblée nationale ne peut reviser d'autres points de la Constitution que ceux qui ont été déterminés par un vote préalable des deux Chambres.

II. L'art. 8 de la loi constitutionnelle des 16-18 juillet 1875 énumère limitativement les traités qui ne sont définitifs qu'après avoir été soumis au vote des Chambres.

SCIENCE FINANCIÈRE

I. Un Etat ne doit amortir sa dette qu'avec des excédents de recettes.

II. C'est non seulement un droit, mais encore un devoir pour un Etat de convertir la rente dès que cette opération est possible.

Vu par le Président de la thèse,
E. GLASSON.

Vu par le Doyen de la Faculté,
CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

Ex EPA
12/18/43

PARIS. — IMPRIMERIE MOQUET, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11













